

**Centre d'études et de recherches
constitutionnelles et politiques**

**LES NOUVEAUX OBJETS
DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

**Sous la direction de
Henry Roussillon,
Xavier Bioy
et Stéphane Mouton**

Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse

Copyright et diffusion : 2006
Presses de l'Université des sciences
sociales de Toulouse
Place Anatole France
31042 Toulouse cedex

ISBN : 2-915699-19-4

Couverture : « Le Mauvais Sentier », l'un des trente-
quatre tableaux de Jean-Louis Janmot : « Le Poème de
l'âme » (1835-1880) (Lyon, Musée des Beaux-Arts).

TABLE DES MATIERES

Préface : « Le <i>Big Bang</i> et la pyramide ! » par Henry Roussillon.....	11
Avant propos : L'enseignement : le nouvel objet fondamental du droit constitutionnel par Stéphane Baumont.....	17
PREMIERE PARTIE : L'environnement : nouvel objet du droit constitutionnel positif	
L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel français ou Qu'est-ce que « constitutionnaliser » ? par Xavier Bioy.....	25
La protection de l'environnement dans la constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'Etat par Jérôme Germain.....	59
L'animal, futur objet du droit constitutionnel par Olivier Gassiot.....	79

Table des matières

DEUXIEME PARTIE : La décentralisation : objet renouvelé du droit constitutionnel

Le principe de subsidiarité comme nouvel objet du droit constitutionnel
par Jacques Viguié..... 123

La révision du 28 mars 2003 et la mutation statutaire en outre-mer : un nouvel objet caché du droit constitutionnel
par Hélène Simonian-Gineste..... 133

Le pouvoir réglementaire autonome local : réelle ou virtuelle constitutionnalisation ?
par Hiam Mouannès..... 167

Le référendum local comme nouvel objet constitutionnel
par André Viola..... 195

La consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique : entre innovations et implications
par Amal Fadli..... 213

TROISIEME PARTIE : La constitution européenne : nouvel objet de la doctrine constitutionnelle

Le pouvoir constituant européen : nouvel objet constitutionnel ?
par Stéphane Mouton..... 231

Table des matières

La citoyenneté européenne : nouvel objet du droit constitutionnel ? par Marie de Cazals.....	243
La citoyenneté européenne : une construction juridique en devenir par Dawn Sarrion-Metcalf.....	271
Le droit international constitutionnel par Jean-Charles Jobart.....	303
La prise en compte du contexte juridique comme méthode d'intégration et d'enrichissement des concepts dans l'interprétation du Conseil constitutionnel par Caterina Sévérino.....	377
Conclusion : par Michel Verpeaux.....	403

PREFACE

par Henry Roussillon
directeur du CERC
président de l'Université Toulouse 1- Sciences
sociales.

« LE *BIG BANG* ET LA PYRAMIDE ! »

Il a beaucoup été dit, et écrit, que le XIXe siècle avait été le siècle de la loi et le XXe, celui de la constitution, sans très bien comprendre ce que cette opposition pouvait avoir d'artificiel et de contestable. Reste au XXIe siècle à inventer sa spécificité qui prendra certainement la forme d'une grande synthèse, au sens proudhonien plus que hégélien, pour permettre l'avènement d'un Etat de droit global sinon universel. Au profit de qui cette synthèse se réalisera-t-elle ? Y aura-t-il un vainqueur et des vaincus parmi les différentes

disciplines juridiques ? Ou bien des équilibres subtils sont-ils en train de se mettre en place grâce à une doctrine qui rejette de plus en plus, et à juste titre, les frontières dépassées, en particulier entre le droit public et le droit privé (peut-on étudier et exposer l'un sans l'autre) ? Le droit constitutionnel va-t-il apparaître désormais comme l'alpha et l'oméga, le noyau primordial d'un monde juridique en expansion à la suite d'un mystérieux « Big-Bang » (après avoir été présenté grâce au doyen Georges Vedel comme la « base » sinon le sommet de la fameuse pyramide chère à Kelsen) ? Ou bien, au contraire, le droit constitutionnel, absorbant un nombre croissant de « nouveaux objets » juridiques, identifiés ou non, va-t-il devenir une sorte de mystérieux et inquiétant « trou noir » semblable à ceux qui existent, nous dit-on, dans le monde intergalactique, jusqu'à acquérir une masse énorme et à se refermer définitivement sur lui-même emportant tout dans une réalité étymologiquement méta juridique ?

On devine, au travers de ces quelques images de science fiction, l'intérêt et la pertinence du thème retenu par la jeune et brillante équipe du

Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques (CERCP) de la faculté de droit de Toulouse, « Les nouveaux objets du droit constitutionnel » ! Un tel thème est porteur d'interrogations et d'inquiétudes, c'est-à-dire constitue un très beau défi scientifique. C'est pourquoi, d'ailleurs Xavier Bioy, qui a piloté cette journée d'études, avait songé dans un premier temps, celui de la répartition binaire des interventions orales, à regrouper les différents rapports autour de deux idées : « les nouveaux objets de la science (*sic*) constitutionnelle » et « les nouveaux objets du droit (*sic*) constitutionnel » ; mais un tel choix, critiquable à plusieurs titres selon nous, aurait surtout trop circonscrit la « science » juridique à une seule partie ; c'est donc une solution plus classique, même si elle comporte trois parties, qui a été finalement retenue, à savoir un plan « matière » ; les « nouveaux objets » étudiés, qui ne prétendent en aucune manière à l'exhaustivité, évidemment, ont été les suivants : l'environnement, la décentralisation, la constitution européenne ; l'ordre de présentation peut être discuté mais il obéit à une certaine logique qu'on laissera au

lecteur le soin de découvrir ou le plaisir d'en inventer une autre ; on signalera, seulement, ici, que ces trois thèmes ne soulèvent pas les mêmes questions : l'environnement (première partie) est un « nouvel objet » aussi bien pour le droit positif (avec l'introduction de la charte dans le *texte* constitutionnel par une révision) que pour la doctrine, la décentralisation (deuxième partie), au contraire, est un objet traditionnel des normes constitutionnelles et de la doctrine, mais la révision du 28 mars 2003 pose la question de l'articulation de ces nouveaux fondements constitutionnels avec le droit en vigueur jusque-là ; enfin, le thème de la constitution européenne (troisième partie) s'envisage essentiellement comme l'enjeu de frontières disciplinaires dans une doctrine très éclatée.

L'ouvrage débute par un avant-propos non conformiste et bien dans le style un peu précieux qu'il affectionne, de Stéphane Baumont. Il revenait, et nous l'en remercions très sincèrement au professeur Michel Verpeaux, « Toulousain » de cœur, de tirer avec beaucoup de brio les « conclusions » toutes provisoires d'une journée d'études mêlant les générations et les sensibilités

« Le *Big Bang* et la pyramide ! »

comme le doyen Louis Favoreu nous a appris à les faire. Mais il est temps de passer à la lecture...

AVANT-PROPOS

**par Stéphane Baumont,
maître de conférences en droit public
à l'Université des sciences sociales de Toulouse I**

« L'ENSEIGNEMENT : LE NOUVEL OBJET FONDAMENTAL DU DROIT CONSTITUTIONNEL »

« La raison d'être de l'enseignement
et de l'enseignant, c'est l'enseigné »
(Jean Rivero)

1 – Qu'il s'agisse des nouveaux objets conjoncturels (révision de la constitution, dissolution atypique, revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel, invention d'une nouvelle constitution dans le monde, irruption d'une polémique de la doctrine ayant des répercussions sur l'interprétation qu'en fera le Politique armé de son « insoutenable autonomie »), objets inscrits immédiatement dans l'actualité puis dans l'histoire au point de devenir des objets fondamentalement nouveaux du droit constitutionnel ; qu'il s'agisse des nouveaux objets structurels (dont la nouveauté s'établit d'ailleurs dans la conjoncture parce qu'ils y répondent au nom d'une opportunité politique récupérant l'émotion publique sur l'espallier d'un droit constitutionnel s'affirmant alors comme « droit politique » celui de Jean-Jacques Rousseau autant que celui de Montesquieu ; celui de Fichte autant que celui de Hegel ; celui d'Emmanuel Kant autant que celui, original et isolé à la fin du XXe siècle, de Claude

Stéphane Baumont

Emeri) ; dans ces deux cas de figure il s'agit de mettre en œuvre et d'imaginer l'enseignement de ces nouveaux objets.

2 – Au nom de quelle vérité, de quelle axiomatique implicite (au risque d'induire en erreur l'étudiant à-venir), vais-je, en tant qu'enseignant décréter ce que sont, ce que doivent être les nouveaux objets du droit constitutionnel ? La constitutionnalisation des droits déclenchée par l'interventionnisme régulateur, contrôleur et bienvenu du Conseil constitutionnel a transformé le droit constitutionnel en droit politique au sens le plus fort du terme : droit de l'autorité politique, indissociable du Politique, « encadrement juridique des phénomènes politiques » (selon André Hauriou), « régulation des comportements politiques » selon Jacques Chevallier, « représentation juridique du Politique » (Jean-Claude Cabanne), expression parfois dramatique du « rapport ami-ennemi » (Carl Schmitt) ; résultante aussi de tous ces « droits politiques » dont Montesquieu et Sieyès nous entretiennent avant que l'enseignement des libertés publiques les aient écartés de celui du droit constitutionnel et du droit civil (le code civil, en son article 7, disposant « l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales »). C'est donc moins au nom d'une vérité, sinon celle de l'engagement républicain, mètre-étalon de l'éthique de conviction et de responsabilité de l'enseignant de droit constitutionnel (enseignement de la « res publica » dans son historicité et de la République dans le sens d'un « penseur politique d'Auschwitz » et de « l'Après-Auschwitz ») qu'en raison d'une nouvelle définition du droit constitutionnel comme droit Politique qu'ils pourraient s'imaginer l'introduction dans l'enseignement de demain, les nouveaux objets du droit constitutionnel.

Le véritable nouvel objet étant le droit constitutionnel lui-même retrouvant, par-là même, dans un détour de l'histoire paradoxal mais stimulant son appellation des temps de restauration politique (*Eléments de droit politique* du conseiller d'Etat MACAREL (1833) ; *Cours public d'histoire du Droit politique et constitutionnelle* d'ORTOLAN

L'enseignement, nouvel objet du droit constitutionnel

en 1831) et son enseignement effectif en tant que tel dans le cadre de l'éphémère ENA de 1848-1849.

3 – A partir du moment où le droit constitutionnel devient, en lui-même, nouvel objet de sa propre historicité, en existant pleinement, totalement, le droit Politique, dès lors peu d'objets échapperont à son enseignement tant il est patent qu'à « l'insoutenable autonomie du Politique » cher au doyen Vedel s'ajoute la multitude des faits et autres éléments relevant de toutes les branches du droit, mais, celles-ci étant constitutionnalisées tombent, vivantes, et malgré certaines résistances dans l'Empire du nouveau droit politique accueillant, mieux « cannibalisant » et phagocytant des droits civils ou politiques, contribuant ainsi à redonner à la société civile, la signification politique de la « *societas civilis* » des temps cicéroniens... Le code constitutionnel devenant peu à peu le « code Napoléon » d'un XXI^{ème} siècle fondamentalement politique et tentant de traduire dans la réalité et la clarté à-venir de ses lois et de ses constitutions l'irruption d'un « droit cosmopolitique universel » à la Kant mettant en œuvre « Les principes du droit politique » chers à Jean-Jacques Rousseau.

4 – Mais est-il bien raisonnable de céder à la passion de « l'impérialisme » constitutionnel en imaginant que celle-ci puisse conduire à ne déclinier le substantif autant que la matière « DROIT » avec le caractère absolu et sans réserve de « POLITIQUE » et « CONSTITUTIONNEL » ? L'enseignement étant ce que les Grecs appelaient « *PARADEDOMENA* », « ce qui se transmet maintenant », doit donc tenir éminemment compte des nouveaux objets de la société civile (notamment écologique). Le conjoncturel et le structurel ont donc leur part dans le tronc constitutionnel et politique du bel ARBRE du droit dont les différentes branches garderont leur spécificité et leur enseignement spécialisé tout en étant nourries à la sève constitutionnelle plongeant elle-même ses racines dans le terreau des actes constitutifs, des pouvoirs constitutifs et constitués, des contrôles et de la jurisprudence constitutionnelle ; dans ce terreau du Politique évoluant dorénavant entre volonté générale –

Stéphane Baumont

constitutionnalisée par une décision du Conseil constitutionnel de novembre 1985– et opinion publique – surgie au Siècle des Lumières avant 1789 mais toujours non constitutionnalisée– semblant ainsi paradoxalement justifier l’aphorisme de Bourdieu : « L’opinion publique, je ne l’ai jamais rencontrée ».

5 – Qu’en est-il au jour d’aujourd’hui, en 2005, à l’orée du XXI^e siècle de ce « qui se transmet maintenant », au moment où, ainsi que l’écrit George Steiner dans son ouvrage *Maîtres et disciples*, « le calcul, la théorie de l’information et la recherche documentaire, l’ubiquité de l’Internet et du Web sont bien plus qu’une révolution technique. Tous impliquent des transformations de la conscience, de nos formes habituelles de perception et d’expression, de sensibilité réciproque que nous commençons tout juste à mesurer [...] L’écran peut enseigner, examiner, démontrer, interagir avec une précision, avec clarté et une patience qui dépasse celle de tout instructeur humain », de tout professeur de droit constitutionnel dont l’interrogation immédiate doit être moins celle de l’assomption du nouvel impérialisme prédateur (que nous exposons en amont) que celle d’une interrogation fondamentale et presque ontologique sur le fait même, l’acte même d’enseigner le droit constitutionnel, véritable nouvel élément du droit politique au moment où sa déclinaison se voudrait européenne dans un premier temps, universelle dans ce « temps d’après » qui possède son Emmanuel Kant sans disposer pour autant de son constitutionnaliste universel, disciple idéal du doyen Vedel. Hier échange, « *eros* fait de confiance réciproque et, en vérité d’amour » (G. Steiner) ; hier « oralité, le mot dit est partie intégrante de l’acte d’enseigner. Le maître parle au disciple [...] idéal d’oralité, de l’adresse et de la réponse en face-à-face » (*ibid.*) l’enseignement, notamment et en l’occurrence du droit constitutionnel pourra-t-il résister et maintenir l’aura charismatique du maître inspiré, le roman de la « persona » dans l’acte pédagogique alors que la transmission du savoir et de la « technê » s’en remettent à d’autres moyens et formes d’engagement ?

L'enseignement, nouvel objet du droit constitutionnel

6 – Mais les « monuments of unageing intellect », les « monuments de l'esprit qui ne vieillit pas » (Yeats) même couverts de graffitis et de tags contestataires resteront le socle, le terreau autant que les ruines de cette « libido sciendi », « libido juris », cette soif de connaissance, ce besoin ardent de comprendre inscrits dans le meilleur des hommes et des femmes.

Trouver le « juste enseignement », inventer le « juste pouvoir d'enseigner » face aux concurrences inégales d'internet de la civilisation internautique, des toiles du Web est le véritable nouvel objet du droit constitutionnel, *primus inter pares*, premier nouvel objet avant tous les autres dont le sort de matière enseignée dépendra d'abord de notre capacité à imaginer ce nouvel enseignement du droit constitutionnel comme droit politique.

Reste l'espoir d'une réussite dans cette nouvelle quête du Graal. Reste la volonté, après ces quelques lignes de réflexion, d'imaginer l'enseignant de droit constitutionnel heureux et répondant à cette belle et exigeante définition de George Steiner (in *Maîtres et disciples*) : « La vocation d'enseignant : il n'est de métier plus privilégié. Eveiller chez un autre être humain des pouvoirs, des rêves au-delà des siens, induire chez d'autres l'amour de ce que l'on aime ; faire de son présent intérieur leur futur [...] Bien enseigner c'est se rendre complice du possible transcendant. »

PREMIERE PARTIE

**L'ENVIRONNEMENT : NOUVEL OBJET
DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

**L'ENVIRONNEMENT, NOUVEL OBJET DU DROIT
CONSTITUTIONNEL OU : QU'EST-CE QUE
« CONSTITUTIONNALISER » ?**

**par Xavier Bioy,
maître de conférences en droit public,
secrétaire général adjoint du C.E.R.C.P.**

*« [...] le droit anticipe le fait comme les sujets précèdent l'objet
mais le fait anticipe le droit comme l'objet précède le sujet. »,
M. Serres, *Le contrat naturel*
(Ed. François Bourin, 1990, p. 43).*

Le projet de loi constitutionnelle relative à la charte de l'environnement¹ constitue un objet tout à fait extraordinaire pour le constitutionnaliste français. Par son ampleur et sa méthode, cette future révision de la constitution suscite de nombreuses réactions souvent dubitatives. La doctrine constitutionnaliste analyse principalement la méthode de rédaction effective du texte et quelques-uns des principes constitutionnalisés. Guidée par les acquis législatifs de ces principes, l'analyse se limite à dégager les effets potentiels de tel ou tel dispositif (le droit à l'environnement sain, les devoirs et responsabilités...), la régression certaine, voire la disparition d'autres normes (principe pollueur-payeur, précaution...).

¹ Projet de loi constitutionnelle, n° 992 du 27 juin 2003, adopté le 24 juin 2004 ; texte en annexe. Voir *La constitution et l'environnement*, études réunies et présentées par Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 120 et s. ; *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003.

Mais cette constitutionnalisation tardive répond à un besoin de droit affirmé par les environnementalistes eux-mêmes¹ qui attendent un supplément de protection par valorisation formelle de leur objet. Le surcroît de valeur formelle de ces normes ne permet pourtant pas pour l'instant de mesurer les effets, ni escomptés ni réels, de la constitutionnalisation et ne rend surtout pas compte de la totalité du phénomène constitutionnel que constitue cette charte². En effet, plus que l'ajout d'un troisième volet de normes mentionnées en préambule de la constitution, ce qui relève déjà en soi d'un fait majeur dans la courte histoire de notre « néo-constitutionnalisme », c'est l'introduction d'un nouvel objet du droit constitutionnel qui peut retenir l'attention.

Outre la forme choisie de l'« adossement », déjà fort commentée et souvent dénoncée³, 2002-2005 nous donnent l'occasion de nous interroger sur le processus « d'entrée en droit constitutionnel », comme on entre en religion, d'un « nouvel objet ». Les guillemets s'imposent car on sait que le Conseil constitutionnel a déjà exceptionnellement fait preuve d'attention à l'égard de certains aspects de l'environnement par quelques voies détournées⁴, notamment par la mention de l'intérêt général⁵ ou la protection du

¹ Jean UNTERMAIER, « Nous n'avons pas assez de droit ! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », in *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 499-511.

² Christian HUGLO, « Une charte de l'environnement adossée à la constitution : pour quoi faire ? », *Environnement*, n° 6, juin 2003, p. 23

³ Voir notamment, l'audition du doyen Louis FAVOREU, en commission au Sénat (www.senat.fr/commission/loi/lois040604.html) ; Voir Raphaël ROMI, « La charte de l'environnement, avatar constitutionnel ? », *RDP* n° 6, 2004, p. 1485.

⁴ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Joseph PINI, « constitution et droit de l'environnement », *Jurisclasseur environnement*, Fasc. 152, 1997.

⁵ Voir particulièrement la décision 2002-464 DC du 27 décembre 2002 : « Considérant qu'il est loisible au législateur, dans le but d'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement, de faire prendre en charge par les

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

droit de propriété, mais cela sans commune mesure avec un ensemble systématique et cohérent issu d'une action du pouvoir constituant dérivé.

Le constitutionnaliste doit ainsi s'interroger sur la méthode de construction de « l'objet-environnement » du point de vue du droit constitutionnel. D'abord, y a-t-il réellement constitutionnalisation d'un nouvel objet ? La réponse à cette question comporte deux temps : du point de vue du droit constitutionnel il y a évidemment « nouvel objet constitutionnel », mais au-delà il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'environnement ainsi constitutionnalisé ne serait pas un « nouvel objet tout court », ce qu'il serait si on établissait sa différence avec les normes et notions qui lui préexistent et lui ont servi de modèle. L'image que le droit constitutionnel donne de cet objet est-elle identique à celle posée par le système légal-administratif ou comporte-t-il de nouvelles dimensions matérielles propres au champ constitutionnel ?

La démarche du constituant consiste à ne pas poser de définition constitutionnelle de cet « environnement » qui fait l'objet de la charte¹. Cela implique-t-il, comme le pense le professeur Prieur que la définition constitutionnelle renvoie aux définitions infra-constitutionnelles du législateur² et des sources internationales³ ? La logique hiérarchique des normes ne permet pas de répondre tout à

personnes mettant des imprimés à la disposition du public le coût de collecte et de recyclage desdits imprimés. »

¹ Marie-Anne COHENDET, « Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et équilibré », in SFDE, *20 ans de protection de la nature. Hommage à Michel DESPAX*, PULIM, 1998, p. 251.

² Code de l'environnement : Article L110-1 I. « - Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. »

³ Not. convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement qui énumère : « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, la faune et la flore et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage ».

fait positivement à cette thèse. Sauf élargissement de la théorie du droit vivant, la suprématie de la norme constitutionnelle s'impose quant aux principes et au champ d'application. Les normes inférieures devraient se trouver amputées de leurs effets devenus inconstitutionnels. En l'absence d'antinomie, la norme constitutionnelle joue *a fortiori* à plein. Ainsi, comparant la nouvelle définition du principe de précaution par la charte et constatant une rédaction peu ambitieuse, la doctrine n'en considère pas moins qu'elle se substitue à sa devancière législative. On doit tout autant admettre que l'approche législative se trouve globalement modifiée par l'apport constitutionnel et que la notion même d'environnement s'en trouve affectée. Si la charte proposait explicitement une définition de ce qu'est « l'environnement », elle s'imposerait à tous. Cela vaut également si l'on montre que la charte révèle implicitement les contours d'un tel objet ; si se dessinent en filigrane les contours de ce que la constitution entend désormais par « environnement ».

Qu'entend-on ici par « objet » ? En droit, discipline normative, ce sur quoi portent les normes, s'appréhende autant par la forme que par le fond. Cela implique de concevoir « l'objet » par sa définition et par le niveau des normes qui le régissent. Ainsi, « l'objet » « décentralisation » ne se conçoit-il qu'en envisageant ensemble sa définition (les personnes morales distinctes, les transferts de compétence...) et l'agencement des différents niveaux qui constituent son régime (libre administration constitutionnelle, clauses de compétence législative, expérimentation réglementaire...). Un objet juridique ne s'appréhende donc réellement que verticalement (sources du régime juridique) et horizontalement (son extension matérielle).

Dès lors, l'environnement au niveau constitutionnel peut-il s'appréhender à travers les normes posées ? En eux-mêmes les droits et principes posés n'offrent guère de solution : l'environnement doit être sain et équilibré pour chacun (art. 1), chacun doit prévenir et limiter les atteintes à l'environnement, en réparer les dommages (art. 2, 3 et 4), ce à quoi s'engagent également les autorités publiques (art. 5) tout en le mettant en valeur et en le conciliant avec le

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

développement (art. 6). L'environnement est en outre un objet d'information et de participation de tous, induisant éducation et formation, recherche et innovation (art. 7 à 9). A ce stade, le constitutionnaliste ignore toujours ce que la constitution entend ainsi protéger.

Il paraît dès lors difficile d'apprécier si ces nouvelles dispositions constitutionnelles s'appliqueront à des objets tels que l'héritage culturel, par ailleurs inscrits dans la notion d'environnement au plan international, ou l'esthétique et les paysages, déjà protégés par la loi sans pour autant qu'ils soient explicitement associés à l'environnement. La réponse à cette question s'apprécie à l'aune d'une interprétation, toujours subjective, des objets susceptibles de se soumettre aux normes nouvellement posées.

On penserait pouvoir trouver une solution dans l'exposé des motifs de la charte, eux-mêmes constitutionnalisés. Mais l'environnement s'y trouve reformulé au regard des éléments listés dans la cadre de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ; se trouvent ainsi juridicisées des notions sans doute légèrement différentes (équilibres naturels, milieu naturel, conditions de vie) ; bien plus, la constitutionnalisation se manifeste surtout par la consécration juridique de la finalité anthropologique de ces notions¹.

¹ La nature entre ainsi dans la constitution non « par elle-même » ou en tant que telle mais adossée à l'humanité. Ce que le constitutionnaliste doit entendre par « nature » n'est ensuite complété que par la notion de diversité biologique, comme « encordée », si l'on ose dire, avec l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés. L'objet constitutionnel qu'est l'environnement apparaît bien fantomatique. Il a un lien avec la nature comme condition de la vie humaine, voilà tout ce que l'on sait. Or ce lien, au principe de la conception anthropocentrique, se concrétise juridiquement très différemment selon que l'environnement fait l'objet de principes généraux d'encadrement des politiques publiques ou selon la consécration de droits subjectifs invocables par tout individu. Sur ce point beaucoup ont pu penser que le choix de maintenir les considérants de la charte qui précèdent les articles relevait d'une mauvaise appréciation du processus constituant. Voir les observations au Sénat de Robert BADINTER (rapportées in Michel PRIEUR, « Un huron au Parlement », in *Forum : La promotion constitutionnelle du droit de l'environnement : une avancée*

Xavier Bioy

En somme, faute de définition proprement constitutionnelle, et faute de pouvoir penser que les catégories législatives peuvent convenir aux principes constitutionnels, on doit poser que les principes constitutionnels, par leur contenu propre, donnent à voir un « objet-environnement » spécifique.

Car la juridicisation des préoccupations environnementales ne se limite pas à la définition de ce qu'il faut entendre par environnement. Du point de vue juridique cela emporte aussi de poser les « normes-cadres » du traitement juridique de cet ensemble¹. Sauf à considérer la forme juridique comme matériellement neutre, c'est-à-dire à considérer que la valeur hiérarchique et les procédures spécifiques au droit constitutionnel n'ont aucun lien avec leur contenu, on peut dégager une fonction propre aux normes constitutionnelles. Cette affirmation un peu abrupte résulte d'abord d'un constat empirique (sans réelle teneur systématique) opéré par la tradition de définition matérielle de la constitution (comme norme relative aux institutions, aux droits fondamentaux...). Elle s'appuie également sur une approche à dominante formaliste qui établit la superposition de la structure hiérarchique des normes avec la nature des fonctions qu'elles remplissent.

Si on admet que le droit constitutionnel a ses propres fonctions, on justifie la spécificité des objets constitutionnels et il devient hasardeux de présumer leur identité avec leurs homonymes législatifs ou administratifs. On voit ainsi que, dans une certaine mesure, le droit constitutionnel contemporain, dont l'objet dépasse les traditionnelles institutions politiques et tend également aujourd'hui à dépasser le champ des droits et libertés, sert de « méta-discours » aux différentes

symbolique, RDP 2004, n° 5, p. 1197) : « Je sais bien que, depuis Solon, tous les philosophes se veulent législateurs et que le législateur incline volontiers, dans les meilleurs moments, à un peu de philosophie. Mais, tout de même, que le législateur constituant français évite de consacrer dans la constitution des vues sur l'origine de l'humanité, sur son avenir, sur la diversité biologique et sur le progrès des sociétés humaines ! »

¹ Marie-Anne COHENDET, « Les effets de la réforme », RJE 2003, n° spécial, p. 51.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

sources du droit. On passe ainsi sans doute *du droit de l'environnement* dans sa source constitutionnelle à un *droit constitutionnel de l'environnement*. On y mesure que la constitutionnalisation ne s'y fait pas totalement « à droit constant ».

En somme, on verra qu'en souhaitant simplement rehausser la valeur formelle des principes environnementaux, le constituant a certainement fait bien plus que consacrer un nouvel objet constitutionnel. Il a développé les contours d'une autre notion d'environnement. Par des principes sensiblement différents dans leur version constitutionnelle, par des références plus soutenues à la nature et au développement de l'humanité, par le passage de principes généraux à des droits et devoirs, par de nouvelles exigences, le droit constitutionnel crée « son » objet environnement. La place hiérarchique n'est pas neutre, elle implique des fonctions différentes d'un niveau à l'autre. Ces fonctions contribuent, avec les objets qu'elles mobilisent, à définir les notions juridiques. Ainsi la fonction constituante dessine-t-elle une notion d'environnement quelque peu nouvelle.

S'interroger sur l'environnement comme nouvel objet du droit constitutionnel impose donc tout autant une approche formelle cherchant à préciser le mode d'intégration des données environnementales au droit constitutionnel (constitutionnaliser l'environnement comme un nouvel objet : **I**) qu'un constat matériel au regard de l'actuel projet de loi constitutionnelle concluant à la consécration d'un autre objet que celui existant avant la révision et attestant d'une relative autonomie de l'approche constitutionnelle de l'environnement (l'environnement comme un autre objet constitutionnalisé : **II**)

I - Constitutionnaliser l'environnement comme un nouvel objet

L'ambition politique du projet de charte de l'environnement a certainement pris le pas sur le souci d'efficacité juridique de la constitutionnalisation. La portée symbolique du texte et de sa promotion a sans nul doute motivé le travail de la commission Coppens plus que les considérations de technique juridique. Mais les

deux objectifs nourrissent la même intuition qui fait de la fonction constituante et de justice constitutionnelle, des promoteurs formels d'exigences politiques fortes. Cela suppose admis que le droit constitutionnel remplit une ou plusieurs fonctions propres, en premier lieu la définition du rapport entre les autres fonctions de l'Etat et leur soumission aux objectifs qu'il définit¹. Vouloir faire entrer l'environnement dans la constitution c'est faire dépendre le droit de l'environnement de normes supérieures, institutrices ou régulatrices. Le concept de *dépendance* dégagé par le professeur Denys de Béchillon peut aider à saisir cela : « dépendre, c'est « être fonction de... » et désigne une position de subordination et de contrôle ².

Voilà pourquoi, si les normes définies par la charte se présentent sous les traits de normes déjà existantes en droit interne ou international, il n'est pas certain qu'elles soient identiques. Le fait de leur assigner des objectifs propres au droit constitutionnel (**A**) et de leur faire subir un mode particulier de constitutionnalisation (**B**) annonce plus qu'un nouvel objet pour le droit constitutionnel, un autre objet « environnement ».

A - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres objectifs

Les intentions affichées par les promoteurs de la charte reprennent la classique fonction de fondation constitutionnelle (1) mais la limitent à un champ spécifique, celui des droits fondamentaux, qui n'est pas nécessairement le mieux adapté pour transcrire au niveau constitutionnel les exigences environnementales (2).

¹ « Tout se passe comme si le rapport inter-fonctionnel lui-même dérivait immédiatement de la nature de ces fonctions qu'il unit, de leur essence normative, et des éventuelles spécificités impliquées dans cette normativité. Surtout, il paraît dériver de la conception même de fonctions de l'Etat, imaginées et modelées relativement les unes aux autres, comme autant d'éléments dont l'interdépendance même constituerait l'Etat en assurant son fonctionnement sur un mode hiérarchique. » écrit le professeur de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 232.

² *Idem*, p. 238.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

1 - La fonction de fondation

La charte présente de nombreuses dispositions sans réelle portée normative notamment en matière d'éducation, de formation, d'innovation et de recherche. Constitutionnaliser reviendrait-il encore, en France en 2004, dans l'esprit des rédacteurs et constituants, simplement à proclamer politiquement sans se soucier de normativité ? La lecture du rapport Coppens peut y faire songer mais la réalité du processus normatif dépasse cette perspective d'origine et on peut envisager la constitutionnalisation selon un double effet de fondation et de limitation. Le niveau constitutionnel permet par le contrôle de la loi de guider les législations vers le respect d'un droit peu invocable aussi bien en fondant qu'en limitant.

Le choix de constitutionnaliser l'exposé des motifs se comprend comme un élément clef de la constitutionnalisation par fondation téléologique. Il appelle tout à la fois à mettre l'accent sur la portée politique, voir philosophique, de la charte et sur les inconvénients que cela comporte : impossibilité d'insérer le texte dans le corps de la constitution, difficile lisibilité et perte de normativité. D'une façon générale la constitutionnalisation de la charte aura laissé la préséance au fond sur la forme.

Fondation ensuite par la consécration constitutionnelle de ce qui constitue en droit international l'objectif même du droit de l'environnement depuis Rio : le développement durable. Ce dernier apparaît aussi bien dans l'exposé des motifs¹ qu'à l'article 6². On reviendra sur la difficulté de la détermination de sa portée normative³

¹ « Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins. »

² Art. 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles prennent en compte la protection et la mise en valeur de l'environnement et les concilient avec le développement économique et social.

³ Cf. Stéphane DOUMBE-BILLE, « Droit international et développement durable », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-*

et sur l'effacement de son corollaire, le principe d'intégration, mais on peut noter le souci des rédacteurs de donner au développement durable sa double dimension de cause (le but à poursuivre) et de conséquence (il est une contrainte des politiques publiques).

L'ambition de fondation se trouve encore indiquée par la référence à des notions qui renouvellent les « figures diachroniques » qui sont les bénéficiaires des engagements constitutifs. La seule mention du « peuple français » se double d'une solidarité entre générations et se voit dépassée par la communauté internationale : mentions de l'humanité¹ et d'un patrimoine commun à tous les êtres humains².

Les droits des générations futures se voyaient déjà reconnus législativement, d'abord comme héritières de l'environnement et donc bénéficiaires de sa protection (dans le cadre de la gestion des déchets³), ensuite dans la perspective de nourrir la notion de développement durable⁴. Sur ce point la charte n'apporte guère

unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche, 1998, p. 245-269.

¹ Six mentions dans l'exposé des motifs.

² Philippe KAHN, « Les patrimoines communs de l'humanité : quelques réflexions », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 307-314.

³ Loi du 30 décembre 1991 sur le stockage des déchets radioactifs, art 1. (actuellement : article L542-1 : « La gestion des déchets radioactifs à haute activité et à vie longue doit être assurée dans le respect de la protection de la nature, de l'environnement et de la santé, en prenant en considération les droits des générations futures ».)

⁴ Loi n° 95-115 du 4 février 1995, loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire : art. 1 « ...réduire les inégalités territoriales tout en préservant pour les générations futures les ressources disponibles... » ; article L200-1, modifié par loi n° 95-101 du 2 février 1995 art. 1 (actuellement art. L110-1 C. env. : « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. // Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

d'élément de définition ou de protection supplémentaire. La formule est employée dans l'exposé des motifs et l'impératif selon lequel les choix présents ne doivent pas entamer les capacités des générations futures, n'en sort pas précisé.

La reprise de la thématique du patrimoine s'applique à l'ensemble de la notion d'environnement (« l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ») ; ses contours ne sont donc pas constitutionnellement connus. On connaît les dimensions symboliques de cette référence¹ (*res communis*, économie, intérêt commun de l'humanité) et ses nombreuses mentions. L'approche constitutionnelle n'affecte plus un tel patrimoine à la même entité : jusqu'à présent la loi rapportait les éléments de définition de l'environnement à la Nation² ; les « êtres humains » apparaissent à la fois en groupe et « sériellement » puisque ce n'est plus le « patrimoine de l'humanité » qui est visé comme en droit international. Le terme d'être humain figure déjà au préambule de 1946. Il constitue l'une des déclinaisons de l'humanité fréquemment convoquée en droit depuis quelques années³, celle qui donne au sujet de droit une individualisation « atemporelle ». Ce surplus de symbolisme rattache la charte aux sources internationales du droit de

capacité des générations futures à répondre aux leurs. » Un Conseil des générations futures avait été créé en 1993 et supprimé dix années après (décret n° 2003-758 du 30 juillet 2003 : *JO* du 06/08/2003 p. 13594)

¹ Voir Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, Thémis, 2002, p. 160.

² Article L110-1 C. env. : « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. » ; article L210-1 du code. env. : « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. » ; article L110 du code rural : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. »

³ Voir récemment le « crime contre l'espèce humaine » relatif au clonage dans la loi « bioéthique II » (6 août 2004, nouveaux articles 214-1 à 214-4 code pénal) qui élargit le titre relatif aux crimes contre l'humanité.

Xavier Bioy

l'environnement¹ sans convaincre dans la mesure où cela ne lui donne guère un administrateur patrimonial plus vigilant car plus présent.

L'humanité, dans sa dimension collective et diachronique, presque en tant qu'espèce, fait son apparition dans la constitution à la faveur de deux mentions des motifs qui nourrissent un discours anthropologico-juridique² sur sa naissance et son avenir. Elle n'est alors ni titulaire, ni bénéficiaire de droits mais simplement l'indicateur des enjeux réels de la charte et qui dépasse certainement les ambitions politiques les plus courantes en droit constitutionnel, y compris les mentions jusnaturalistes qui émaillent le volontarisme de la déclaration de 1789.

Constitutionnaliser un domaine entier consiste aussi bien à refonder des dispositions existantes et des objets consacrés qu'à fournir une base, un terreau constitutionnel, sur lesquels de nouvelles règles naîtront. Il semble que ces deux dimensions aient été timidement nourries dans le cas de la charte. Matériellement le constituant n'a pas réellement surmonté la difficulté de juridiciser l'environnement ; cela était pourtant sans doute plus facile en droit constitutionnel qui n'a pas vocation à être un droit de détail. Formellement, le choix du « tout droit de l'homme » par la formulation de principes en droits et devoirs et le renvoi fréquent à la loi limite cet effet « fondation ».

2 - *La perspective environnementale des droits fondamentaux*³

La confusion quant à la portée de la charte s'affiche à propos de sa place au sein du *corpus* des droits de l'homme. L'alignement de la

¹ Marc PALLEMAERTS, « Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement : effectivité et symbolisme des normes » ; Michael FAURE et Michel PACQUES, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne, acteurs, valeurs et efficacité* / actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, Bruylant, 2003, p. 57.

² Ou encore « paléontologico-juridique ».

³ Voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, Pages d'amphi, 2004, p. 305 et s. « Vivre dans un environnement sain est-il une exigence justiciable ? »

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

charte sur les textes de 1789 et 1946 ainsi que le mode de rédaction en « droits et devoirs », lui donne une dimension inhabituelle en droit de l'environnement. Si des droits individuels existent (art. L. 110-2 C. env. par exemple) la présentation étendue de tous les principes fondamentaux en ces termes va plus loin, de même que la formulation de « devoirs ». Le rapport de la commission Coppens fonde son choix de transformer les « principes » en droits fondamentaux sur la terminologie même des textes de 1789 et 1946¹. Cependant, si dans ces textes les droits entrent dans le cadre des « principes politiques » qui fondent le Pacte social, ce n'est pas au sens des principes juridiques, règles de droit, de la loi Barnier. Il n'est donc pas certain que le passage de « principes » à « droits » soit si neutre². Cette « subjectivisation » relève donc du champ particulier de la constitution et appelle quelques remarques³.

Le caractère subjectif de l'environnement comme « droit à » se confond ainsi avec le débat relatif à son exigibilité. La constitutionnalisation d'un droit à l'environnement sain⁴ est pourtant une étape essentielle de la juridicisation du droit de l'environnement et s'envisage comme un moyen pour ce faire : il développe à l'encontre du législateur un droit subjectif, en principe plus efficace, car plus facilement justiciable qu'une protection simplement objective⁵. Cela doit permettre de conjuguer la protection apportée

¹ Cf. p. 41, il est fait mention de 1789 (« principes simples et incontestables ») et 1946 (« principes particulièrement nécessaires à notre temps »).

² Il est à peine utile de renvoyer aux travaux de DWORKIN (*Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, trad. M-J. Rossignol).

³ Philippe BILLET, « La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 35 ; Laurent FONBAUSTIER, « Environnement et pacte écologique. Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à » », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°15.

⁴ *Art. 1er*. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé.

⁵ « Le choix d'une charte « adossée » à la constitution a une tout autre signification. Il signifie que la protection de l'environnement est une

par d'autres droits ou principes. Elle permet au juge d'exiger plus de la loi qu'un simple objectif et elle permet de mettre en œuvre l'ensemble des techniques attachées à la protection des droits fondamentaux, même si cela prend plutôt la forme d'un droit créance. D'où l'hypothèse d'un simple objectif à valeur constitutionnelle même après la constitutionnalisation explicite¹. Une approche éclairante consiste à apprécier si l'environnement fait l'objet d'un droit subjectif directement relié aux droits fondamentaux individuels ou s'il fait seulement partie d'un dispositif public de protection. L'éclairage comparatiste s'impose en la matière². Les constitutions étrangères sont nombreuses à consacrer une protection de l'environnement³ : le plus souvent de façon objective, c'est-à-dire en posant l'environnement comme un objet des politiques publiques et en listant des principes qui s'imposent aux pouvoirs publics. Mais parfois l'approche peut également être subjective, avec divers degrés : de la reconnaissance d'un droit individuel exigible à une dimension

dimension nouvelle et autonome de la protection des droits fondamentaux », écrit ainsi Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 145.

¹ Yves JEGOUZO, « Quelques réflexions sur le projet de charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 125.

² *RJE*, Dossier « Le droit de l'homme à l'environnement en droit constitutionnel comparé dans les Etats de la Communauté européenne », 1994 ; Stéphane DOUMBE-BILLE, « Constitution et droit de l'environnement », *Recueil de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, 2001 ; Marie-Claire PONTTHOREAU, « Constitutions, juges constitutionnels et droit à l'environnement », in MACKAAY et TRUDEAU, *L'environnement à quel prix ?*, Ed. Themis, 1995, p. 317 ; Xavier BIOY, « Vie et environnement, Eléments constitutionnels de comparaison » *POLITEIA, Les cahiers de l'AFAAIDC, Revue de droit constitutionnel comparé*, 2003, n° 1 ; Paulo Affonso LEME MACHADO, « L'environnement et la constitution brésilienne », *La constitution et l'environnement*, études réunies et présentées par Jaqueline MORAND-DEVILLER, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 162.

³ Marie-France DELHOSTE, « L'environnement dans les constitutions du monde », *RDP* 2004, n° 2, p. 441.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

environnementale liée à l'individu mais placée entre les mains du seul législateur. L'exemple allemand demeure pour la France d'un vif intérêt. La formulation de l'article 20A, issu d'une révision constitutionnelle de 1994 évoque les « fondements naturels de la vie »¹. La tradition herméneutique allemande marque ici l'ancrage de l'environnement dans des présupposés fondateurs, communs à l'approche globale des droits fondamentaux, celle-ci étant de plus en plus écoutée en France. L'avance juridique allemande sur ce point révèle que l'environnement conditionne les droits fondamentaux sans être lui-même un droit subjectif. En dépit de la diversité des systèmes de protection et de garantie constitutionnelle des droits, la créance n'est, généralement, guère possible. L'action directe de la victime d'une nuisance environnementale n'est que très peu efficace. En revanche la constitutionnalisation des principes environnementaux doit permettre au juge constitutionnel de garantir plus efficacement cette protection en encadrant la loi. Le dispositif français est sans doute le plus complet en la matière. La France se trouve certes parmi les derniers pays à ne pas disposer d'un niveau constitutionnel au sein du droit de l'environnement, mais la démarche française se présente de façon plus complète et plus systématique. Elle ne permet pourtant pas de préciser la nature de l'objet « environnement » en fonction de l'optique objective ou subjective du texte.

Le traitement des droits fondamentaux en termes de « générations » doit se limiter à une approche historique ou, au mieux « archéologique » (par la cohabitation des strates) mais sur le plan du traitement juridique cela n'a plus guère aujourd'hui de sens. Le droit à la paix, le droit au développement, le droit à l'environnement peuvent devenir aussi exigibles que d'autres, seul leur processus de juridicisation se présente de façon plus complexe dans la mesure où ils s'appuient sur d'autres droits « relais » et où leur bénéficiaire individuel doit lui-même se couvrir d'un titulaire collectif (peuple,

¹ Cf. not. Heinhart STEIGER, « Remarques sur l'article 20A de la Loi Fondamentale allemande », in *Mélanges Kiss, préc.*, p. 479 ; Jérôme GERMAIN, « La protection de l'environnement dans la constitution allemande : une nouvelle finalité assignée à l'Etat », ce volume.

humanité, personne humaine) nécessairement représenté par des sujets nationaux et internationaux. Contrairement à certains droits de la « seconde » génération, ce n'est pas seulement l'exercice du droit qui est collectif, cela s'étend aussi au titulaire. La reconnaissance du droit à un environnement sain et équilibré s'attache à une jouissance présente mais qui n'est qu'un aspect d'un droit collectif trans-générationnel. Il induit en fait la consécration d'autres « notions relais » : soit qu'elles soient plus techniques comme le principe de participation, soit qu'elles soient plus précises comme le droit à l'eau ou à l'air, soit enfin qu'elles instituent le sujet de droit dans une dimension collective et diachronique. La référence à la dignité humaine dans le rapport Coppens (déjà présente en droit international dans les déclarations de La Haye et de Stockholm)¹ est remplacée par la mention de l'épanouissement de la personne. Cette notion, nouvelle en droit français, existe dans la plupart des constitutions de nos voisins où elle joue un rôle subsidiaire dans la protection des droits fondamentaux et peut se révéler très normative en jurisprudence (à comparer avec la formulation espagnole du libre développement de la personnalité)². Qu'il s'agisse d'une référence à la dignité de l'humanité ou à celle de la personne, on entre avec ce vocabulaire dans la perspective de l'insertion de l'individu dans un collectif auquel demeure attachée la portée juridique de la consécration de l'environnement.

Ces droits doivent donc encore être traités de façon objective comme guide des politiques publiques ou encore rangés dans la catégorie des droits sociaux faiblement créance. D'où la question de la pertinence du niveau constitutionnel pour une présentation en termes de « droits et devoirs ». Cette subjectivisation ne fonde guère mieux les effets législatifs que la formulation par « principes » destinés aux

¹ Maguelonne DEJEANT-PONS et Marc PALLEMAERTS, *Droits de l'homme et environnement*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002, p. 17.

² Xavier BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », paru à la *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 1 - 2003, p. 123-147.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

décideurs publics et privés. L'approche comparatiste en convainc aisément¹.

La réalité de la fondation matérielle de ces droits collectifs à bénéficiaire individuel se rencontre ailleurs que dans leur proclamation, dans la constitutionnalisation de droits « garanties » qui les concrétisent. Ainsi le principe de participation devient un droit à la participation comme aspect procédural du droit à un environnement sain. Il se décline à son tour en exigences constitutionnelles d'information, d'éducation, de formation. Cette avancée de la charte rejoint la perspective ouverte en matière de démocratie participative par la révision constitutionnelle de mars 2003, la loi organique du 1er août 2003 relative au référendum local et la loi du 13 août qui crée un chapitre du code général des collectivités territoriales relatif à la participation des électeurs aux consultations locales, applicable à toutes les collectivités. Mais, comme on le verra, ce développement de la démocratie participative demeure en retrait des exigences propres à la « citoyenneté environnementale ».

On mesure ainsi que le droit constitutionnel a sa raison propre et ses objectifs spécifiques quant il s'empare de l'environnement. Il dispose en outre de ses propres modes de consécration, sans pour autant aller au bout de sa logique.

B - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres modes

Afin de mesurer ce que « constitutionaliser » veut dire en matière d'environnement, on doit encore faire sa part au caractère largement symbolique et programmatoire de cette démarche, tant au niveau des grandes notions utilisées que de la forme choisie. Ces deux dimensions présentent la même « promesse constitutionnelle », faite d'ambition et de style juridique, ... et la même incertitude normative. Comprendre ce qu'est la constitutionnalisation de l'environnement implique de mesurer les conséquences du choix d'un mode original

¹ Xavier BIOY, « Vie et environnement, éléments constitutionnels de comparaison », préc.

de rédaction et de constitutionnalisation (1) quant à la faiblesse de l'apport formel de la charte (2).

1 - Le processus de constitutionnalisation

L'analyse de la constitutionnalisation de ce « nouvel objet » doit se poursuivre au plan de la forme¹. Le caractère remarquable de la constitutionnalisation française a fait l'objet de nombreux commentaires, parfois laudatifs sur sa nouveauté, souvent critiques sur les libertés prises avec les procédures constituantes éprouvées et le mode de révision. On pourra être bref.

a - Le principe de la rédaction de la charte a été la constitution d'une commission composée de dix-huit personnalités très diverses (dont trois juristes) et d'une consultation nationale, par région, placée sous le signe de la participation citoyenne². Cette nouvelle formule de procédure constituante n'a certes pas remis en cause directement le rôle des parlementaires mais ceux-ci se sont trouvés très liés par un texte déjà discuté et travaillé à tous les niveaux et donc tributaire d'une structure et d'une rédaction qui révèlent nettement un hiatus entre la mission constituante, devant donner naissance à un texte de droit, et les horizons respectifs des nombreux intervenants. Si les parlementaires ont pu amender dans le détail, l'essentiel leur a échappé.

b - La formule d'intégration de la charte à la constitution doit également retenir l'attention en dépit des nombreux commentaires dont elle a déjà fait l'objet. Les différentes hypothèses

¹ L. VERDIER, « Vers une constitutionnalisation du droit de l'environnement : prolégomènes sur la charte de l'environnement », *BDEI*, n° 2/2003, p. 4.

² Yves JEGOUZO, « La genèse de la charte constitutionnelle de l'environnement », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 23.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

« d'adossement »¹ de la charte, et particulièrement celle retenue en définitive révèlent une fausse hésitation entre symbolisme et juridisme qui aboutit à réduire la juridicité de la charte. Le mieux eut en effet été de créer un titre spécial dans le corps de la constitution ou encore de poser les grands principes en son début. Mais l'attachement à l'exposé des motifs (qu'il était difficile d'insérer autrement) a poussé à conserver son autonomie à la charte et à la hisser au rang symbolique de 1789 et 1946 en ajoutant une mention au préambule de 1958. On mesure alors ce que « constitutionnaliser » l'environnement signifie : un « *hubris* constitutionnel » pour reprendre la formule du sénateur Robert Badinter². Au-delà du projet politique, dont le terme même de « charte » laisse augurer, le constitutionnaliste s'étonnera de

¹ Le doyen R. ROMI souligne que le terme d'adossement est pour le moins mal choisi dans la mesure où il s'agirait étymologiquement de « tourner le dos à la constitution », in *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, Domat droit public, 5^{ème} éd., 2004, p. 60.

² « Le texte que vous nous soumettez aujourd'hui avec tant d'enthousiasme me paraît pouvoir se résumer - que ses auteurs me pardonnent ! - en trois mots : la suffisance, l'inutilité et la confusion. [...] L'emphase avec laquelle ce texte est présenté comme l'équivalent des grands textes fondamentaux de notre ordre constitutionnel est inouïe ! Voilà qu'on l'identifie à la grande déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que tous nos ancêtres républicains qualifiaient, à juste titre, d'immortelle, qui, il faut le dire, est la gloire de la nation française et proclame, dans une langue incomparable, les grandes libertés politiques ! Voilà aussi qu'on compare la future charte au préambule de la constitution de 1946, certainement rédigé dans une langue moins belle, mais qui n'en porte pas moins l'empreinte douloureuse des temps que ceux qui l'ont conçu venaient de traverser. Je rappelle que l'assemblée constituante de 1946 était composée pour l'essentiel d'anciens résistants et de représentants de la France combattante qui, tous, voulaient donner à la République nouvelle le contenu social qui lui manquait. [...] Nous sommes, dans notre paisible Sénat, des législateurs modestes, des constituants laborieux ; je ne pense pas que, dans le cadre de cette session ordinaire de 2004, nous puissions prétendre nous hisser au niveau des grands révolutionnaires de 1789 et des résistants de l'assemblée constituante de 1946 ; je ne crois pas qu'il faille céder, comme auraient dit les Grecs, à la tentation de pareil *hubris* constitutionnel. » (intervention au Sénat, 23 juin 2004).

la consécration officielle de cette fameuse technique du « tiroir » que le Conseil constitutionnel façonna en 1971 dans le but d'étendre ses normes de référence. Là où le juge s'est emparé, presque frauduleusement, d'un *corpus* qui ne lui était pas destiné en 1958 (les textes cités en préambule), le constituant de 2004 ne voit qu'un hall, ouvert à tous vents, où chacun pourra consulter et user de la nouvelle charte. Est-ce un encouragement à traiter de même tout texte cité dans la constitution (comme le traité d'Union européenne de l'article 88-2) ?

De fait, le texte de la charte n'apparaît que comme une « annexe » de la constitution et ne sera pas autrement consultable qu'au titre du « lien ». Cela change le regard que l'on peut porter sur les effets juridiques escomptés.

2 - L'apport formel

Constitutionnaliser signifie avant tout hisser une norme à un niveau hiérarchique supérieur afin de contraindre les sources inférieures. Du moins est-ce ce que l'on pouvait attendre. Mais le constituant a fait le choix de reprendre le contenu des normes législatives. Cette option tend au mieux à confier au Conseil constitutionnel le soin d'assurer un contrôle par l'« effet cliquet » du maintien des exigences législatives. La perspective d'avancée dans la contrainte *environnementale* par rehaussement formel se comprend dès lors *a minima* (*a fortiori* si on mesure que matériellement la constitutionnalisation se trouve en retrait). En outre, la place accordée à la loi dans le dispositif nuance considérablement l'apport constitutionnel.

Deux éléments distincts mais bien sûr liés marquent le texte de la charte : d'abord l'extension de la compétence législative en ce qui concerne les nouveaux aspects relatifs à la protection de l'environnement (article 3 de la loi constitutionnelle), ensuite le renvoi fréquent à la loi comme médium de la norme constitutionnelle (par exemple la réparation des dommages environnementaux¹). Tous deux

¹ Art. 4.- Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

peuvent faire douter de la portée contraignante de la charte pour le législateur¹.

Le fait de renvoyer fréquemment à la loi² peut se comprendre différemment selon que l'on s'attache à souligner que la définition constitutionnelle a peu d'importance si elle s'en remet à la loi ou selon que l'on souligne l'effet d'incitation que cela peut avoir. Il sera alors nécessaire d'attendre l'audace d'une interprétation jurisprudentielle dans la lignée des « incompétences négatives », au cas où la loi resterait, aux yeux du juge constitutionnel, en deçà des « exigences constitutionnelles ». Le renvoi à la loi se lit ainsi comme la consécration constitutionnelle implicite d'un principe clairement affirmé en droit communautaire : le principe d'intégration. Dans une perspective de fondation dynamique, le recours aux incitations législatives serait ici suffisamment net. On pourra néanmoins regretter que le principe d'intégration des préoccupations environnementales dans tout dispositif législatif n'apparaisse plus explicitement. D'une part il marque l'aboutissement de la préoccupation écologiste par l'abandon de l'exclusivité des « politiques environnementales » sectorielles et partielles ; d'autre part il aurait trouvé en droit constitutionnel son terrain de prédilection comme obligation du législateur.

C'est en ce sens que peut se lire la révision de l'article 34 déterminant très largement la compétence de la loi pour poser les principes fondamentaux de la protection de l'environnement. Cet aspect formel satisfait une très ancienne revendication, notamment des parlementaires eux-mêmes. Son caractère général ne devrait pourtant pas affecter la répartition des compétences dans la mesure où l'« environnement » demeure un objet constitutionnellement non

¹ « Ces principes et droits sont donc rédigés en des termes tels qu'ils sont directement opposables au pouvoir législatif mais ne deviennent applicables à l'ensemble des sujets de droit qu'à la condition qu'une loi ait précisé et prévu les conditions dans lesquelles ils le seront » écrit Yves JEGOUZO, art. préc. aux *Cahiers*, p. 129.

² Obligation de prévention de l'article 3, obligation de réparation de l'article 4, droit à l'information et à la participation de l'article 7,

défini et recouvre en fait bien des aspects déjà protégés par le législateur. Par ailleurs, la technicité de tout dispositif de protection de l'environnement nécessitera toujours l'intervention du règlement comme vecteur quasi-exclusif non d'effectivité mais d'efficacité et d'efficience de la norme législative.

En sens inverse le renvoi constitutionnel à la loi atteste d'un *statu quo* préjudiciable à une avancée réelle de la protection environnementale. La révision constitutionnelle n'aura pas été un moment innovant en raison même de la confiance placée dans le législateur¹. C'est un premier aspect d'un « effet limitation » de la constitutionnalisation, prolongé par le constat d'une approche restrictive de l'environnement. Celui-ci n'est pas seulement un nouvel objet constitutionnel, il est « proprement » constitutionnel, c'est-à-dire « autre » que le droit existant.

II - L'environnement comme un autre objet constitutionnalisé

On le sait, « il y a loin de la coupe aux lèvres ». Le souhait politique du recours à la fonction constituante ne présume pas des effets juridiques subséquents. Plus encore, la grandiloquence du « dire » (les termes choisis) et du « faire » (la procédure et la forme « d'adossement ») hypothèque la normativité de la charte, même si un juge peut au besoin en dégager une règle. Constituant « une nouvelle étape du pacte de la Nation », selon la présidence de la République, la charte constitutionnelle évoque dans une perspective politique des dimensions si différentes que l'on doit souligner les risques de contradiction. Cela pourrait priver le texte d'effet mais demeure une invitation au contentieux. Cette démarche constituante ne peut s'envisager de façon isolée. Sa spontanéité ne s'apprécie qu'à l'éclairage des droits européens qui font sans doute plus en matière environnementale que les initiatives nationales².

¹ En ce sens R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement, préc.*, p. 62.

² Frédéric SUDRE, « La protection du droit à l'environnement par la convention européenne des droits de l'homme », in *La Communauté européenne et l'environnement*, Doc. Fse, 1997, p. 209 ; Yves

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

L'impact des normes désormais constitutionnelles sur les sources infra-constitutionnelles se comprend plutôt selon un effet de limitation que d'entraînement. Il comporte des risques de régression et des risques de conflits non prévenus.

Cela se comprend mieux en mesurant à quel point la constitutionnalisation de l'environnement a ses propres champs (A) et donne à l'environnement un contenu qui lui est propre (B).

A - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres champs

L'objet de la charte ne se limite pas à une « codification constitutionnelle », mais elle demeure essentiellement cela. La charte reprend les premiers articles du code de l'environnement selon de nouvelles formulations. De ce fait, la portée de la constitutionnalisation modifie la donne législative. Certains éléments appartenant aux fondements législatifs ou conventionnels ont été exclus de la constitutionnalisation ; d'autres ont vu leur portée modifiée et apparaissent dès lors sous une catégorie différente (1). Cela devrait avoir une incidence sur le travail des juges ordinaires et un impact sur la hiérarchie des normes (2).

1 - Les objets exclus ou modifiés de la constitutionnalisation

La première exclusion de la révision par rapport au corpus législatif n'est pas des moindres, il s'agit du rejet d'une définition « en extension », c'est-à-dire d'une énumération permettant de cerner le

WINISDOERFFER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE* 2003, p. 213 ; Simon CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, l'Harmattan, 2002 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le droit communautaire de l'environnement : mise en oeuvre et perspectives*, la Documentation française, 1998 ; Michael FAURE et Michel PACQUES, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne, acteurs, valeurs et efficacité* / actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, Bruylant, 2003 ; Guy BRAIBANT, « L'environnement dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 159.

champ d'application de la notion d'environnement. La seule mention des ressources et équilibres naturels, ainsi que de la diversité biologique ne suffisent pas à donner les bornes du champ de la charte. *A fortiori*, prétendre limiter la portée de la charte à ses seuls éléments amputerait considérablement la notion juridique d'environnement. Peu important ici les motifs de ce silence, l'effet principal réside dans la possibilité d'exclure l'application de la charte, là où des normes législatives agissaient sur le fondement de la définition du code. Par ailleurs, il ne faut pas longtemps pour voir que les normes ainsi posées peuvent s'appliquer à d'autres questions que celles jusqu'ici réservées à l'environnement tel que circonscrit par les environnementalistes. La question de la santé, par deux fois abordée, joue les trouble-fêtes. On se contente parfois de regretter sa mention, trop anthropocentriste et peu environnementaliste. Le constitutionnaliste y verra surtout l'achèvement de la subjectivisation du « droit à la santé » et l'indication que d'autres principes de la charte peuvent s'appliquer ailleurs qu'en environnement, en particulier la précaution et le devoir individuel de protection. Il semble bien que l'objet de la charte dépasse l'environnement lui-même. On a ainsi l'illusion de la constitutionnalisation de principes sans domaine et de principes extensibles à des questions connexes comme la santé publique¹.

La seconde exclusion paraît tout aussi regrettable au moment où la mise en place d'un marché de quotas d'émissions de polluants tend à franchir un cap important² ; il s'agit de la non constitutionnalisation de la dimension préventive du principe « pollueur-payeur ». Le principe pollueur-payeur³ n'apparaît pas en tant que tel dans la

¹ Cf. Marie-Angèle HERMITTE, « Santé, environnement, pour une deuxième révolution hygiéniste », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 23-45.

² Marianne MOLINIER-DUBOST, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *AJDA* 2004, n° 21, p. 1132.

³ Henri SMETS, « Le principe pollueur-payeur dans le rapport de la commission Coppens », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 71.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

charte. Son contenu se trouve par ailleurs très édulcoré¹ par rapport à sa version législative. Il n'y est plus question que de « réparation » sans séparer la prévention de la responsabilité qui pourtant, pour demeurer efficaces, relèvent de mécanismes très différents². Le terme de « contribution » laisse également entendre que le pollueur peut être un très mauvais payeur avec l'onction de la constitution³. Inversement la constitutionnalisation de la responsabilité envers l'environnement pourra, ainsi que le relève le professeur Mathieu, limiter le déploiement législatif des hypothèses d'exonération⁴.

On pourra noter enfin l'absence de mention expresse d'une notion récemment formulée à propos du renouveau de la démocratie participative : la « citoyenneté environnementale ». Voilà un concept qui relève bien certainement de la sphère constitutionnelle et aurait pu servir de socle aux spécificités de l'appel à la consultation des populations : le droit des associations agréées, les référendums locaux, les procédures de consultations urbanistiques... On sait à quel point cette participation dépasse les titulaires des droits politiques qui concrétisent la citoyenneté. Si celle-ci s'entend comme la « capacité à penser l'intérêt général » et s'accompagne au plan politique de conditions réductrices (âge, nationalité...), l'adjonction d'une dimension proprement environnementale, au niveau constitutionnel aurait permis à la loi d'ouvrir les procédures de proximité à tout intéressé. Ainsi la figure du citoyen concrétiserait-elle le droit de chacun proclamé à l'article 1 de la charte. Dans cette perspective, si l'on doit se féliciter de la disjonction de principe entre participation et information, ce dernier aurait pu faire l'objet d'une définition plus

¹ Art. L.110-1 C. env. : « Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ».

² Cf. not. Jean LAMARQUE, « Fiscalité écologique et égalité devant l'impôt : faux principes et fausses applications des principes », *Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 183.

³ Pollueur-payeur devient ainsi « pollueur-contributeur » selon l'expression de Gilles MARTIN, « Observations d'un « privatiste » sur la charte de l'environnement, *RDP* 2004, n° 5, p. 1207.

⁴ Art. aux *Cahiers du Conseil préc.* p. 151.

ouverte aux exigences développées par la directive communautaire du 23 janvier 2003, elle-même suscitée par la convention d'Aarhus.

Du côté des normes qui ont vu leur portée modifiée on rappellera l'abandon de la qualification de « principes » pour les normes relatives à la prévention, la participation, la prévention, « pollueur-payeur ». En effet, de justesse (on se souvient que le projet Coppens prévoyait deux formules dont l'une n'évoquait pas le terme de précaution) la précaution a conservé sa dignité de « principe », les autres sont devenus des « devoirs » (« toute personne doit »¹). On pourra relever le retour des « devoirs » de l'homme. Le thème des devoirs ramène sur le devant de la scène les théories toujours latentes des devoirs de l'homme comme corollaires des droits². Les devoirs de l'homme bénéficient à la personne individuelle, mais également, en son nom, à la communauté qui l'héberge. C'est pourquoi le professeur Madiot pouvait estimer qu'il ne saurait y avoir d'équilibre entre droits et devoirs, les uns étant des concessions de l'Etat, les autres se révélant consubstantiels à l'Etat³. Reprenant la conception de Karel Vasak, les devoirs apparaissent comme l'expression juridique de la participation de l'individu au groupe. Le droit international régional suscite des jurisprudences relatives aux devoirs de l'homme envers son environnement⁴. De nombreux droits (propriété, vie privée,

¹ Devoir individuel (art. 2, 3, 4) ou devoir collectif (art. 6, 8, 9).

² Patrice MEYER-BISCH, *Les devoirs de l'homme - De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Actes du colloque de Fribourg, 1987, Editions Universitaires de Fribourg, 1989.

³ Yves MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant Bruxelles 1998 et « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme », in *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 209.

⁴ Maguelonne DEJEANT-PONS, « L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », *RUDH* 30 novembre 1991, p. 461, et « Le droit de l'homme à l'environnement et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 79 ; Carlo RUSSO, « Le droit de l'environnement dans les décisions de la commission des droits de l'homme

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

réunion, association...) peuvent faire l'objet de restrictions de la part des Etats en vue de garantir le bien être de la personne, sa santé, son droit à un environnement sain. Dans le cadre de la charte, le devoir mentionné à l'article 2 n'apparaît que comme la contrepartie du droit à l'environnement de l'article 1, sa face cachée : le droit de chacun comportant l'exigibilité de la protection par les autres. Le devoir n'est également que l'autre nom du principe « pollueur-payeur » dans sa dimension préventive par ailleurs abandonnée. Cette « transmutation » lui a fait perdre toute précision quant aux obligations à remplir. Tout au plus ce « devoir » pourra-t-il venir à l'appui des dispositifs de sanction pénale ou administrative développés en matière environnementale. Il est peu probable qu'il en suscite de nouveaux.

2 - Impact sur la hiérarchie des normes

De nombreuses critiques portent ainsi sur des « timidités » de rédaction qui peuvent parfois s'interpréter comme des régressions vis-à-vis de l'acquis environnemental national ou européen¹. Ne voulant pas imposer au législateur et aux particuliers les mêmes contraintes que celles que la loi impose à l'administration et aux entreprises, les rédacteurs de la charte ont réduit la portée et les destinataires de certaines normes au regard de leurs versions infraconstitutionnelles.

Sur le plan de la hiérarchie des normes le travail des juges ordinaires risque de s'en trouver compliqué. Il est peu probable de se trouver face à une multiplication des configurations de type « Sarran » ou « Koné » en raison des différences de portée et de sens des différents textes mais on ne serait pas étonné de voir la charte inappliquée en raison d'un champ plus étroit ou de la voir complaisamment accueillir des contenus contradictoires en raison de formulations plus vagues. Devant les parlementaires le doyen

et dans la jurisprudence de la Cour européenne », *Mélanges Louis-Edmond Pettit*, Bruylant, 1998, p. 635.

¹ Michel PRIEUR, « L'environnement entre dans la constitution », *Droit de l'environnement*, n° 106, mars 2003, p. 38.

Favoreu estimait qu'en cas de conflit entre la charte et les dispositions communautaires, le principe constitutionnel l'emporterait sous la plume du juge. On peut néanmoins prédire que la plupart du temps le conflit ne serait pas « frontal » et que les juges adopteront en matière d'environnement, une logique semblable à celle qui guide le contrôle des lois de validation depuis l'affaire Zielinsky : un renforcement des exigences internes sous la pression de droits européens sanctionnés.

La spécificité du rapport au droit international en matière d'environnement¹ n'a guère influencé la rédaction de la charte. Le souci constamment affirmé par la commission Coppens de tenir compte des acquis n'a pas évité les risques de conflit. Doit-on, dès lors comprendre l'article 10 selon lequel « La présente charte inspire l'action européenne et internationale de la France » comme une invitation à revenir sur l'acquis communautaire comme en matière de chasse ?²

B - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres contenus

Les auteurs de la charte ont semble-t-il préféré une rédaction la plus tournée possible en termes de droits et de devoirs et moins en termes de principes constitutionnels. Or, la dimension « droits fondamentaux » de la charte, si elle existe, apparaît secondaire au regard des directives de droit objectif dont seules les autorités publiques sont destinataires. D'où un certain nombre de formulations malheureuses qui, cherchant à subjectiviser le propos, réduisent

¹ Alexandre KISS, « Environnement, droit international, droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 153 ; du même auteur : « Les origines du droit à l'environnement : le droit international », in *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 13. En outre le manuel de *Droit international de l'environnement*, en collaboration avec Jean-Pierre BEURIER, Pedone, 2000, 2^{ème} éd.

² La France demeure l'Etat le plus condamné en carence dans le domaine de l'environnement (38 affaires), cf. Pascal JAN, « La promotion constitutionnelle du droit de l'environnement : une avancée symbolique », *RDP* 2004, n° 5, p. 1197-1200.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

considérablement l'effet juridique. Donner un droit à qui ne peut le défendre et des obligations à qui ne peut les assumer ne permet guère au droit constitutionnel de se dire effectif.

L'objet environnement se différencie quelque peu en droit constitutionnel de ce qu'il était et sera (?) ailleurs. La modification du contenu de certains principes (1) pourrait générer de nouveaux conflits (2).

1 - La modification des principes législatifs

La formulation du droit à un environnement sain, on l'a dit, se trouve certainement trop liée à la santé et à la question de « l'équilibre » de l'environnement. Le caractère « sanitaire » de l'environnement se conçoit bien mais il réduit tout à la fois la portée du droit et son autonomie vis-à-vis de la protection de la santé publique. Le droit à un environnement « équilibré » se conçoit en revanche moins bien. Le code de l'environnement précise que « les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain et contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales ». La charte, quant à elle, laisse libre cours à l'imagination pour apprécier les éléments à équilibrer : la biodiversité, le naturel et l'artificiel, l'urbain et le rural, l'air et la pollution ? Il faut noter que dans la nouvelle formulation l'environnement doit être « respectueux » de la santé : il ne se conçoit pas comme une garantie de la santé mais comme une menace pour elle s'il était pollué.

A l'article 5, le seul principe qui demeure, la précaution, semble remplacé par un simple principe d'anticipation¹. L'idée de « ne pas

¹ Laurence BAGHESTANI-PERREY, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30/07/2004 ; Corinne LEPAGE, « Une charte qui fait régresser le droit de l'environnement », *Le Monde*, 16 avril 2003, p. 15 ; Raphaël ROMI, « Les principes du droit de l'environnement dans la « charte constitutionnelle » : « jouer le jeu » ou mettre les principes « hors-jeu » ? », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 45 ; Martine REMOND-GOUILLOUD, « A propos du principe de

retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages » disparaît derrière le caractère « provisoire » et « évaluatif » de ces mesures. Le principe de précaution n'est plus d'ailleurs opposable qu'aux seules personnes publiques. Les conditions relatives au dommage susceptible de mettre en œuvre la précaution (« dommages graves et irréversibles ») demeurent identiques mais en deçà de la formulation de Rio qui coordonne par la conjonction « ou ». On remarquera au contraire que la condition d'un coût économiquement acceptable n'apparaît plus. On supposera que la loi concrétise ici, à elle seule, le caractère proportionné de la mesure de précaution ainsi exigée.

Le principe de prévention, ou « d'action préventive »¹ devient un « devoir » de chacun, mais il perd en densité. Distinct de la notion de correction, il se fond en elle pour prendre le visage d'une idée de réduction des conséquences néfastes de la pollution. L'idée d'une obligation d'agir prioritairement à la source plutôt que de guérir ne s'impose plus. La charte renvoie alors à la loi.

2 - L'ouverture de nouveaux conflits juridiques

La constitutionnalisation de l'environnement présente des limites inhérentes à la conciliation des nouveaux principes avec les droits et libertés constitutionnellement protégés². Là où, auparavant, le statut infra-constitutionnel de ces normes les faisait céder devant des exigences constitutionnelles, se dresse désormais la nécessité de concilier matériellement la protection de l'environnement avec ses contraires.

précaution », *idem*, p. 69 ; Yves JEGOUZO, « Le principe de précaution ne s'appliquera qu'en cas de réelle incertitude scientifique », *D.* 2003, n° 28.

¹ Art. L.110-1 C. env : « 2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ».

² Fernand BOUYSSOU, « L'environnement : nouveau droit de l'homme ou droit liberticide ? », *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 535.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

Bien sûr, la doctrine constitutionnaliste¹ a d'abord fait remarquer que l'accroissement de l'offre de droits allait entraîner une vive concurrence. Plaçant l'environnement au même niveau que les deux déclarations des droits, la charte ne prévient pas le conflit, alors même que les principes environnementaux et les droits civils et politiques ne se situent pas au même plan. Retenons l'affirmation de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle selon lequel la charte est une reconnaissance de droits et de devoirs qui « n'affecte en rien les caractères immuable et irrévocable des textes de 1789 et 1946 ». Mais le conflit sera ouvert entre droit à un environnement sain et liberté du commerce et de l'industrie (voir le conflit pendant devant la CEDH ouvert par les riverains de l'aéroport d'Eathrow contre les vols de nuit)² ou encore entre précaution et liberté d'entreprendre. Des contentieux ne manqueront pas de surgir pour déterminer la limite entre protection de l'environnement et droit de propriété. La constitutionnalisation de l'intérêt attaché à la recherche³ amène elle aussi deux remarques : d'une part, la recherche est parfois la première à prendre des risques environnementaux (voir la culture des organismes génétiquement modifiés en plein champ), d'autre part l'idée de « conditionnalité environnementale »⁴, qui suppose que la recherche soit encadrée elle aussi par la précaution, amène à constitutionnaliser un principe et son contraire.

¹ Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la charte », préc.

² Jurisprudences « Hatton » : arrêts du 2 octobre 2001 et 8 juillet 2003 relatifs à la marge d'appréciation des Etats sur l'atteinte portée à la vie privée par des nuisances sonores, cf. not. Jean-Pierre MARGUENAUD, « Vols de nuit et droit européen des droits de l'homme », *RJE*, 2002/2, p. 171 et « Droit de l'homme à l'environnement et CEDH », *RJE* 2003, n° spécial ; « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », in *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 15 ; Yves WINISDOERFFER, « La jurisprudence de la CEDH et l'environnement », *RJE*, 2003, n° 2, p. 213.

³ Art. 9. - *La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.*

⁴ Michel PRIEUR, « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 130.

Xavier Bioy

La logique allemande d'une « coloration en vert » des droits fondamentaux jointe à des principes objectifs d'encadrement des politiques publiques paraît en mesure de mieux prévenir ce type de « frictions ».

Au terme de l'analyse de ce processus constituant on mesure que le droit constitutionnel ne consacre pas l'environnement « à droit constant » et que l'objet constitutionnel ainsi créé est passablement distinct de ce qu'il était tant dans sa portée que dans son contenu.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

ANNEXE

LOI CONSTITUTIONNELLE *relative à la charte de l'environnement.*

Adopté le 24 juin 2004

Article 1er

Le premier alinéa du préambule de la constitution est complété par les mots : « ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement de 2004 ».

Article 2

La charte de l'environnement de 2004 est ainsi rédigée :

« Le peuple français,

« Considérant,

« Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

« Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

« Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

« Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

« Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

« Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

« Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ;

« Proclame :

« *Art. 1^{er}.* - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

« *Art. 2.* - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Xavier Bioy

« *Art. 3.* - Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

« *Art. 4.* - Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

« *Art. 5.* - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

« *Art. 6.* - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

« *Art. 7.* - Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

« *Art. 8.* - L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente charte.

« *Art. 9.* - La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

« *Art. 10.* - La présente charte inspire l'action européenne et internationale de la France. »

Article 3

Après le quinzième alinéa de l'article 34 de la constitution, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« - de la préservation de l'environnement ; ».

**LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT
DANS LA CONSTITUTION ALLEMANDE,
UNE NOUVELLE FINALITE ASSIGNEE A L'ETAT**

**par Jérôme Germain,
« Wissenschaftlicher Mitarbeiter »
à l'Université de Bielefeld et « Lehrbeauftragter »
à l'Université Humboldt de Berlin,
membre du CERCPC (Centre d'études et de recherches
constitutionnelles et politiques)-Toulouse I,
doctorant en droit public sous la direction du professeur
Roussillon, président de Toulouse I,**

L'Allemagne a pris le temps de la réflexion et de l'expérimentation avant d'introduire une clause environnementale dans sa constitution¹. L'insertion d'un article 20a dans la Loi fondamentale en 1994 a en effet été précédée non seulement d'un long débat public commencé dans les années 1970, mais surtout par l'inscription, avant le niveau

¹ Des références à l'environnement figuraient déjà dans la Loi fondamentale (articles 74 LF et 11 LF notamment) ainsi que dans la constitution de Weimar (article 150). La Loi fondamentale comportait déjà des finalités assignées à l'Etat (comme le but européen de l'article 23 LF, l'obligation d'amitié et de paix entre les peuples de l'article 26 LF et l'équilibre des comptes de l'article 109 LF). Mais c'est la première fois que la protection de l'environnement acquiert une force constitutionnelle et un statut de finalité assignée à l'Etat. L'article 2 LF qui garantit le droit à la vie et à l'intégrité corporelle concerne, dans ses développements jurisprudentiels, plus la santé humaine que la protection de l'environnement.

fédéral¹, d'une clause semblable, au fil des ans, dans les constitutions de tous les *Länder*, y compris à l'Est². Depuis 2002, l'article 20a de la Loi fondamentale allemande dispose que : « Assumant ainsi également sa responsabilité devant les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire dans les conditions fixées par la loi et le droit »³.

¹ Des tentatives infructueuses pour introduire la protection de l'environnement avaient déjà eu lieu sous les X^{ème} et XI^{ème} législatures du Bundestag (1982-1986 ; 1986-1990) ainsi qu'en 1984 au Bundesrat à l'initiative de la Hesse.

² Bade-Wurtemberg : article 86 (1976) ; Bavière : articles 2 II et 141 (1984) ; Sarre : article 59a, Rhénanie du Nord-Westphalie : article 29a, Rhénanie-Palatinat : article 73a puis 69 (1985) ; Brême : article 11a, Hambourg : préambule (1986) ; Berlin : article 21a, Schleswig-Holstein : article 7 (1990) ; Hesse : article 26a (1991) ; Basse-Saxe : article 1 II (1993) ; à l'Est : article 10 en Saxe, article 39, 40 dans le Brandebourg, article 12 en Mecklenburg-Poméranie antérieure, article 35 en Saxe-Anhalt, article 31 en Thuringe (1991).

³ Le texte actuel de l'article 20a de la Loi fondamentale est issu de la révision constitutionnelle du 26 juillet 2002 qui a ajouté « et les animaux » au texte originel (traduction officielle –par Ch. AUTEXIER, J.-F. FLAUSS, M. FROMONT, C. GREWE, O. JOUANJAN, P. KÖNIG, Office de presse et d'information du gouvernement fédéral-, en ligne sur le site internet de l'Université de Sarrebruck : www.jura.uni-sb.de/BIJUS/). L'article 20a a été originellement introduit lors de la révision constitutionnelle du 27 octobre 1994. Il ne s'agissait alors en aucun cas d'une révision isolée mais d'une des réformes constitutionnelles prévues par le traité d'unification du 31 août 1990, qui a conduit à la mise en place d'une commission constitutionnelle commune du Bundestag et du Bundesrat, chargée de proposer les changements constitutionnels nécessaires ou souhaitables lors de la réunification. Et la commission constitutionnelle commune avait déjà proposé en 1991 et en 1993 cette révision constitutionnelle. Il ne s'agissait donc pas non plus d'une révision sous contrainte due à la nécessité d'adopter une norme environnementale précise ou de casser une décision jurisprudentielle particulière.

L'environnement dans la constitution allemande

Etudier la finalité assignée à l'Etat (*Staatsziel*) qu'est la protection de l'environnement dans la constitution allemande est le problème qui nous occupera dans cette recherche¹.

Si l'on considère que classiquement une constitution comporte des dispositions substantielles (les droits fondamentaux) et des dispositions institutionnelles (les pouvoirs publics), on est dans l'embarras pour classer la protection de l'environnement dans l'une de ces catégories. Faut-il alors placer la protection de l'environnement dans la catégorie fourre-tout des dispositions formellement constitutionnelles ? Ou alors peut-on gagner en précision dans l'étude de sa nature juridique ? Quel statut juridique devait lui attribuer son inscription dans la Loi fondamentale ? Devait-elle lui conférer une force déclaratoire ou bien obligatoire ? La protection de l'environnement devait-elle être réduite à une valeur philosophique ou à un but politique dans lequel l'Etat et la société se reconnaissent et qu'ils se proposent d'atteindre ? Ou bien fallait-il lui conférer une force juridique et pas seulement symbolique afin d'ouvrir une nouvelle ère de textes législatifs ? Et si une force juridique contraignante lui est reconnue, alors s'agit-il d'un droit fondamental ? On a dit qu'après les droits fondamentaux des première (les droits civils et politiques) et deuxième (les droits économiques et sociaux) générations viendraient ceux de la troisième génération (parmi eux, les droits environnementaux)². La protection de l'environnement pouvait-elle être un droit fondamental et justifier des annulations de lois favorisant l'emploi ou la croissance en raison de leurs conséquences néfastes pour la nature ? Prendrait-on le risque de déclencher des concurrences insolubles entre les droits fondamentaux déjà consacrés (liberté individuelle, droit de propriété, droit au travail, liberté d'entreprendre...) et la protection de l'environnement ?

¹ Cf. M. BOTHE, « Le droit à la protection de l'environnement en droit constitutionnel allemand », *Revue juridique de l'environnement* 1994, p. 313 et Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, p. 110.

² Cf. H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz ; 5^{ème} édition, 2004, p. 71.

Le pouvoir constituant allemand voulait faire de la protection de l'environnement une norme constitutionnelle plus obligatoire que déclaratoire afin de permettre à la loi des empiètements limités au détriment des droits fondamentaux et de compléter dans un sens écologique la définition des droits fondamentaux actuels. C'est pourquoi il ne pouvait faire de la protection de l'environnement un droit fondamental qui aurait contrebalancé sur un pied d'égalité les autres droits fondamentaux et surtout démultiplié les contentieux tendant à des limitations de la Loi par les particuliers. Nous montrerons que c'est pour atteindre ces effets précis et nuancés que la protection de l'environnement a été constitutionnalisée en Allemagne sous la forme d'une finalité assignée à l'Etat. Cette catégorie juridique offre, en effet, des possibilités adaptées à la nouveauté constitutionnelle qui caractérise la protection de l'environnement.

Dans ces lignes l'accent sera mis sur l'analyse du système allemand et non sur ses convergences et ses divergences avec la situation française. Nous excluons aussi de ce travail la protection spécifique des animaux ajoutée en 2002 parce que l'étude des problèmes supplémentaires qu'elle pose risquerait de faire perdre le fil et la clarté de notre démonstration.

La protection de l'environnement est une nouvelle finalité assignée à l'Etat. Tout d'abord, c'est la première fois que la protection de l'environnement reçoit en Allemagne une consécration constitutionnelle sous la forme d'une finalité assignée à l'Etat, même si elle ne s'y réduit pas (**I** : la consécration constitutionnelle de la protection de l'environnement sous la forme d'une finalité assignée à l'Etat). Ensuite, l'utilisation qui en est faite par le législateur, l'administration et le juge produit des effets propres aux finalités assignées à l'Etat, mais aussi particuliers aux tensions qui existent entre la protection de l'environnement et les droits fondamentaux (**II** : l'utilisation spécifique de la protection de l'environnement en tant que finalité assignée à l'Etat)¹.

¹ Principales analyses de l'article 20a LF en allemand : H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 20a », in *Grundgesetz Kommentar* sd. Dreier, 2^{ème} édition, 2004 ; D. MURSWIEK, « Artikel 20a », in *Grundgesetz Kommentar*

L'environnement dans la constitution allemande

I - La consécration constitutionnelle de la protection de l'environnement sous la forme d'une finalité assignée à l'Etat

La catégorie des finalités assignées à l'Etat a servi de paradigme à la consécration constitutionnelle de la protection de l'environnement (A), mais la définition constitutionnelle de la protection de l'environnement excède celle d'une finalité assignée à l'Etat en raison de son degré supérieur de précision (B).

A - Le paradigme de la finalité assignée à l'Etat

Une finalité assignée à l'Etat, et donc la protection de l'environnement de l'article 20a de la Loi fondamentale, ont pour caractéristiques d'être un droit objectif juridiquement contraignant (1), ainsi qu'un but constitutionnel matériellement ouvert (2).

1 - Un droit objectif juridiquement contraignant

a - Une norme sans droit subjectif

La doctrine allemande isole des autres dispositions de la Loi fondamentale quatre types de valeurs protégées (*Schutzgüter*): les droits fondamentaux (*Grundrechte*), les structures de l'Etat (*Staatstrukturprinzipien*), les finalités assignées à l'Etat et les missions du législateur (*Gesetzgebungsaufträgen*). Une finalité assignée à l'Etat se définit donc comme une valeur protégée par la constitution, mais par opposition aux droits fondamentaux, aux missions du législateur et aux structures de l'Etat.

Un droit fondamental possède non seulement une dimension de droit objectif, mais aussi une dimension de droit subjectif. Parce qu'il est un droit subjectif, un droit fondamental est justiciable, c'est-à-dire

sd. Sachs, 3ème édition, 2003 ; R. SCHOLZ, « Artikel 20a », (2002) *Grundgesetz Kommentar sd. Maunz et Durig* (feuilles mobiles) ; A. VEITH, *Die Staatszielbestimmung Umweltschutz Art. 20a GG*, thèse Constance, 2000 ; M. KLOEPFER, « Artikel 20a », 1997, in *Bonner Kommentar* (feuilles mobiles).

directement invocable devant le juge. C'est un droit de l'individu. Une finalité assignée à l'Etat ne possède qu'une dimension de droit objectif. Elle ne consacre aucun droit subjectif. Elle ne peut ni être à l'origine d'un recours subjectif, ni être invoquée devant le juge par un particulier à la manière d'un droit fondamental.

Une mission du législateur (comme par exemple les droits de la mère de l'article 6 LF) ne fait que compléter et préciser, avec la force du droit objectif, un droit fondamental qui lui sert de support. Sans être elle-même un droit fondamental, une mission du législateur décline sur un plan plus concret un droit fondamental auquel elle se rattache. Elle donne des indications au législateur sur les modes positifs de garantie qui peuvent être mis en œuvre pour concrétiser un droit fondamental, sans jamais pouvoir servir à en réduire la portée. En revanche, une finalité assignée à l'Etat n'est pas reliée à un droit fondamental particulier, mais à tous, et donc, selon les cas, elle peut limiter ou préciser un droit fondamental. Elle peut même, dans certains cas, être totalement indépendante des droits fondamentaux et n'entrer en conflit avec aucun d'eux.

b - Une directive immédiatement valide

Les structures de l'Etat définissent les bases présentes de l'Etat allemand de façon statique et institutionnelle. Elles définissent l'Allemagne comme un Etat de droit fédéral et républicain, constitutionnel et démocratique, libéral et social. Une finalité assignée à l'Etat, en revanche, est un objectif situé dans l'avenir, un devoir être, une activité de l'Etat de nature dynamique et prospective, qui définit l'Etat allemand, mais du point de vue d'un horizon futur et d'un processus progressif et imprécis pour l'atteindre.

Bien qu'elle s'inscrive dans l'avenir, une finalité assignée à l'Etat n'est pas un programme politique ou une déclaration d'intention sans conséquences juridiques. Elle est une directive immédiatement valide et contraignante pour toutes les autorités de l'Etat. L'Etat, c'est-à-dire, selon la doctrine allemande, la Fédération et les *Länder*, doit, selon ses forces, diriger son action vers elle. Une finalité assignée à l'Etat est

L'environnement dans la constitution allemande

une mission constitutionnelle qui crée à la charge de l'Etat une obligation d'action.

2 - Un but constitutionnel matériellement ouvert

a - La liberté de concrétisation

Une finalité assignée à l'Etat est une norme constitutionnelle impérative mais ouverte. Elle crée une obligation de droit objectif, mais cette obligation reste indéterminée. Cette obligation demeure évolutive et changeante selon les besoins (écologiques, en l'occurrence pour la protection de l'environnement), la situation économique, les possibilités budgétaires et surtout l'appréciation politique du législateur. L'obligation d'action posée par une finalité assignée à l'Etat n'exclut pas l'imprévisibilité et la pluralité des figures concrètes de réalisation de cette obligation.

Cette incertitude sur les modalités précises de concrétisation d'une finalité assignée à l'Etat est liée à l'impossibilité pratique de définir de façon figée et unanime la meilleure voie pour atteindre les buts proposés. La garantie posée par une finalité assignée à l'Etat ménage une large marge d'appréciation aux autorités politiques. Elles possèdent en la matière une véritable liberté de concrétisation que respectent avec circonspection l'administration et la jurisprudence.

b - Le risque d'inefficacité

Cependant, les finalités assignées à l'Etat encourent habituellement quatre séries de reproches tous plus ou moins liés au risque d'inefficacité.

Tout d'abord, l'obligation d'action lie les majorités futures en dépit de la volonté des électeurs, ce qui limiterait la démocratie. On fera remarquer qu'une révision constitutionnelle est toujours possible pour abroger cette disposition et que le législateur possède une marge d'appréciation étendue.

Ensuite, la consécration constitutionnelle d'une finalité assignée à l'Etat rassure l'opinion, mais fait oublier qu'aucune décision concrète

n'a encore été prise. En fait, de nombreuses lois ordinaires s'appuient sur la protection de l'environnement de l'article 20a¹.

Les élus seraient transformés en exécutant des finalités assignées à l'Etat et les débats politiques deviendraient des exégèses constitutionnelles. La question ne serait plus « comment garantir un environnement sain à nos enfants ? », mais « que signifie réellement la clause environnementale de l'article 20a ? ». Cependant, à partir du moment où cette juridicisation du débat public permet de structurer le débat et d'atteindre les buts politiques recherchés, elle cesse de présenter un danger.

La superposition à l'infini de finalités assignées à l'Etat rend à terme la constitution illisible et fourmillante de contradictions toujours plus nombreuses et toujours plus inextricables, compliquant son interprétation et déséquilibrant la démocratie en faveur du juge, notamment constitutionnel. Sous réserve d'une révision constitutionnelle, il maîtrise en effet l'interprétation de la Loi fondamentale et son pouvoir d'appréciation est inversement proportionnel à la clarté et à l'univocité du texte de la constitution. C'est effectivement un risque, mais il est propre à la démocratie et non aux finalités assignées à l'Etat.

B - Le contenu propre de la protection de l'environnement

Outre les caractéristiques d'une finalité assignée à l'Etat, la protection de l'environnement se définit par le choix de l'anthropocentrisme (1) et le refus de la supra-constitutionnalité (2).

1 - Le choix de l'anthropocentrisme

a - La protection des conditions naturelles de la vie

D'après les travaux du pouvoir constituant dérivé, il s'avère que les conditions naturelles de la vie (*natürliche Lebensgrundlagen*)

¹ A titre d'illustrations citons seulement la loi fédérale de protection contre les émissions d'ozone de 1995, la loi fédérale de protection de la nature de 1995 ou encore la loi fédérale de protection des sols de 1998.

L'environnement dans la constitution allemande

auxquelles il est fait référence à l'article 20a désignent l'environnement. Il faut comprendre par-là les plantes, le sol, l'eau, l'air, le climat, les paysages mais aussi les animaux. La protection de l'environnement englobait déjà depuis 1994 les animaux en tant qu'espèce et la révision de 2002 a ajouté les animaux en tant qu'entité « individualisée ». L'écosystème d'une façon générale, ainsi que la protection contre les émissions de rayons nocifs, le tri des déchets, le contrôle des matières chimiques, la sauvegarde des ressources non renouvelables bénéficient aussi de la protection de l'article 20a.

De cet inventaire il ressort que le terme de protection (*Schutz*) est à comprendre *lato sensu*. Il peut signifier favoriser, développer, embellir, rendre possible ...

En revanche, semblent exclus du champ de l'article 20a les biens et les héritages culturels, l'architecture, les lieux de mémoire, les traditions...

b - « Egalement dans l'intérêt des générations futures »

La référence aux générations futures, et donc à la solidarité intergénérationnelle, a pour but essentiel d'accroître le niveau de protection exigible. En effet, avec cette référence aux générations futures, une nuisance faible ou incertaine aujourd'hui, mais qui par accumulation ou évolution pourrait devenir nocive avec le temps, doit être interdite. On reconnaît ici le principe de précaution. L'Allemagne n'a donc pas jugé utile de constitutionnaliser explicitement le principe de précaution. Mais l'article 20a renforce l'assise constitutionnelle de ses consécutions législatives.

L'adverbe « également » (*auch*) revêt, de la même façon, une importance cruciale. Il indique que la protection de l'environnement est à comprendre non seulement dans l'intérêt des générations futures, mais aussi dans l'intérêt des générations présentes. Implicitement il exclut toute autre façon de comprendre la protection de l'environnement. Ainsi il clôt le débat entre anthropocentristes et géocentristes au profit des anthropocentristes. C'est par rapport à l'humanité et non à la nature en elle-même que l'environnement doit être protégé. La protection de l'environnement de l'article 20a ne

Jérôme Germain

saurait donc justifier des restrictions qui ne viseraient que l'intérêt de la nature (croissance zéro, fermeture massive d'usines...).

2 - Le refus de la supra-constitutionnalité

a - Les destinataires de la protection de l'environnement

D'après le texte de l'article 20a, la finalité de protection de l'environnement a un destinataire principal, le législateur, et deux destinataires secondaires, l'administration¹ et les juges. Cela signifie tout d'abord qu'aucune obligation pour les particuliers ne découle directement de l'article 20a. La finalité de protection de l'environnement ne pèse pas sur leurs épaules. Cela signifie ensuite qu'il existe une responsabilité première du législateur en ce domaine et que personne ne peut dire à sa place en quoi consiste la concrétisation de cet objectif de protection de l'environnement. Cela signifie enfin que les éventuelles tendances de l'administration ou du

¹ L'administration signifie aussi le gouvernement et donc la conduite des relations internationales et européennes de l'Allemagne. Le gouvernement doit ainsi défendre la protection de l'environnement au niveau supra-national. Au niveau interne, l'administration désigne aussi les *Länder* et les communes. La protection de l'environnement relève, d'une façon générale, des lois-cadres fédérales, article 75 LF : la Fédération pose les principes et les *Länder* définissent les règles. Cependant, certains domaines de la protection de l'environnement, comme la protection contre les dangers nucléaires, la protection des plantes contre les parasites et les maladies, la protection des animaux, la protection des produits alimentaires, l'élimination des déchets, la lutte contre la pollution atmosphérique et la lutte contre le bruit (article 74 LF), relèvent des compétences concurrentes : les *Länder* peuvent intervenir tant que la Fédération n'a pas légiféré. Des questions similaires, à la réserve près du fédéralisme, se posent en France à l'occasion du débat parlementaire sur l'adossement à la constitution de 1958 d'une charte de l'environnement. Voir compte-rendu n°10 de la séance du mercredi 3 décembre 2003 de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, ayant pour objet l'audition, sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement, du professeur Carcassonne, du professeur Chagnollaud et du professeur Mathieu (site internet de l'Assemblée nationale : www.assemblée-nationale.fr) notamment p. 9.

L'environnement dans la constitution allemande

Le juge à mener des politiques parallèles ou indépendantes de protection de l'environnement sont invalidées *ab ovo*. Seul le législateur, en raison de son éminente légitimité démocratique, maîtrise le choix des modes concrets de protection de l'environnement.

L'administration et le juge possèdent cependant une obligation directe, découlant de l'article 20a, de mettre en œuvre la finalité de protection de l'environnement, sans qu'une loi n'ait besoin de le confirmer. Mais la mission de l'administration et du juge, en ce domaine, doit strictement respecter les choix et les appréciations du législateur.

b - Le principe d'unité de la constitution

L'article 20a définit l'ordre constitutionnel comme étant le cadre de la finalité de protection de l'environnement. L'ordre constitutionnel désigne l'ensemble des normes de valeur constitutionnelle. En d'autres termes, la finalité de protection de l'environnement n'a de valeur ni supérieure ni inférieure au reste de la Loi fondamentale. Elle doit donc être conciliée avec le reste de la constitution. C'est le principe d'unité de la constitution qui implique que les dispositions de la constitution doivent être comprises à la lumière des autres et que des dispositions apparemment contradictoires ou divergentes doivent être interprétées d'une façon complémentaire et convergente. On parle de conciliation pragmatique (*praktische Konkordanz*). L'introduction de l'article 20a ne saurait donc signifier d'aucune manière une modification de fond en comble de la constitution. L'insertion de la finalité de protection de l'environnement se fait à esprit constitutionnel inchangé.

La formule « en relation à la loi et au droit » n'a en revanche qu'une signification déclaratoire. Même sans cette formule, l'exécutif et le juge seraient liés à la loi et au droit pour mettre en œuvre la finalité de protection de l'environnement. Il s'agit d'un simple rappel, en un sens superflu, parce que la Loi fondamentale dispose déjà que la Fédération est un Etat de droit. Ce rappel a pour but d'une part de souligner la fonction impulsive de la loi (le législateur est le premier responsable de la concrétisation de l'article 20a), et d'autre part la

répétition de « droit » était nécessaire pour que l'article 20a ne semble pas en retrait par rapport à l'article 20 relatif aux structures de l'Etat. Cette référence au « droit » ne saurait renvoyer à un hypothétique droit naturel ou à une incertaine supra-constitutionnalité. Le caractère démocratique de l'Etat allemand empêche de placer une norme au-dessus de la volonté du peuple et de ses représentants élus¹.

La consécration constitutionnelle de la protection de l'environnement a été suivie par une utilisation spécifique de cette nouvelle finalité par le législateur, l'administration et le juge.

II - L'utilisation spécifique de la protection de l'environnement en tant que finalité assignée à l'Etat

La protection de l'environnement de l'article 20a de la Loi fondamentale a eu pour conséquences principales l'extension des pouvoirs de l'Etat (A) et l'affinement des droits fondamentaux (B).

A - L'extension des pouvoirs de l'Etat

La protection de l'environnement a étendu les pouvoirs de l'Etat, d'une part, en facilitant son action (1) et, d'autre part, en interdisant les mesures insuffisantes (2).

¹ Le droit naturel et la supra-constitutionnalité achopperaient sur le double problème du manque de légitimité de ses énonciateurs auto-proclamés et du manque d'unanimité sur son contenu éventuel. C'est pourquoi le caractère non-révisable des droits fondamentaux de la Loi fondamentale ne leur donne aucune supériorité sur les autres dispositions constitutionnelles. Il signifie simplement que pour les abroger seul le pouvoir constituant originaire (et non plus le pouvoir constituant dérivé) est compétent, et que donc il faut changer de constitution et non changer la constitution. La création d'un article 20a, à côté de l'article 20, s'explique d'ailleurs par le souci du pouvoir constituant de ne pas consacrer une disposition intangible puisque l'article 20 est, lui, non-révisable.

L'environnement dans la constitution allemande

1 - La facilitation de l'action de l'Etat

a - La limitation des droits fondamentaux

La finalité assignée à l'Etat de protection de l'environnement joue un rôle préventif et anticipatif des censures du juge constitutionnel. Elle protège l'action de l'Etat de certaines annulations pour violation d'un droit fondamental en donnant une base constitutionnelle à certaines limitations de certains droits fondamentaux. L'article 20a force en effet le juge constitutionnel à arbitrer et à concilier les droits fondamentaux avec la protection de l'environnement. La constitutionnalisation de la protection de l'environnement conduit le juge à accepter ce qu'auparavant il aurait censuré.

Le législateur ne peut renoncer à exercer cette prérogative. Il est contraint de la mettre en œuvre, et ce sous le contrôle du juge constitutionnel. Cette autorisation d'écorner les droits fondamentaux que délivre la finalité de protection de l'environnement étend non seulement les prérogatives du législateur mais aussi les pouvoirs du juge constitutionnel. Le juge constitutionnel possède donc avant révision constitutionnelle une sorte de dernier mot¹. C'est lui qui, en interprétant la loi et en recherchant sa conformité à la constitution, délimite la marge d'appréciation du législateur et l'étendue des pouvoirs de limitation des droits fondamentaux dévolus au législateur par la finalité de protection de l'environnement.

b - La distinction des droits fondamentaux avec ou sans réserve

Le droit constitutionnel positif allemand distingue deux types de droits fondamentaux : les droits fondamentaux avec réserve et les droits fondamentaux sans réserve. Les droits fondamentaux avec réserve peuvent être limités par une loi. Ils se divisent eux-même en droits fondamentaux avec réserve simple et en droits fondamentaux

¹ Et ce n'est pas une hypothèse d'école puisque la révision qui a introduit la protection des animaux trouve son origine dans une décision du juge constitutionnel que le pouvoir constituant a entendu casser pour l'avenir (célèbre décision du 15 janvier 2002 de la Cour fédérale constitutionnelle - *Bundesverfassungsgericht*- relative aux abattages rituels).

Jérôme Germain

avec réserve qualifiée. Les droits fondamentaux avec réserve simple peuvent être limités par une loi si elle vise, d'une façon générale, un but d'intérêt public. Les droits fondamentaux avec réserve qualifiée peuvent aussi être limités par une loi, mais seulement dans le champ d'un périmètre défini par la constitution. Les droits fondamentaux sans réserve ne peuvent être limités que par des valeurs protégées de rang constitutionnel.

Cette classification a pour conséquence que l'article 20a de la Loi fondamentale est surtout utile pour limiter des droits fondamentaux sans réserve. La protection de l'environnement inaugure une nouvelle possibilité de limitation de ces droits fondamentaux par définition difficiles à limiter¹. Pour les autres droits fondamentaux, des restrictions sont déjà possibles, soit sur le fondement d'une clause générale (droits fondamentaux avec réserve simple) qui inclut implicitement la protection de l'environnement, soit à l'intérieur du périmètre défini par la réserve elle-même (droits fondamentaux avec réserve qualifiée). Cependant, et notamment pour les droits fondamentaux avec réserve qualifiée, qui sont plus difficiles à limiter que les droits fondamentaux avec réserve simple, l'article 20a facilite la justification d'une limitation d'un droit fondamental avec réserve pour cause de protection de l'environnement.

¹ Signalons cet exemple jurisprudentiel de droit fondamental sans réserve (la liberté artistique) limité par la protection de l'environnement : Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*), décision du 13 avril 1995 : la liberté artistique (article 5 LF) n'empêche pas un refus de permis de construire pour une oeuvre monumentale en plein air qui est contraire au plan d'occupation du sol, car l'article 5 est à interpréter à la lumière de l'article 20a. Autre exemple jurisprudentiel : Cour fédérale administrative, décision du 7 mars 1997 : la liberté de croyance religieuse (article 4 LF) peut être limitée par la protection de l'environnement : la liberté de croyance religieuse ne garantit pas un droit à construire un cimetière dans un parc naturel.

L'environnement dans la constitution allemande

2 - *L'interdiction des mesures insuffisantes*

a - Le contrôle de l'insuffisance

La finalité de protection de l'environnement de l'article 20a de la Loi fondamentale est porteuse d'une obligation d'action dont la violation peut être sanctionnée par le juge constitutionnel. Si le législateur prend insuffisamment en compte la protection de l'environnement, alors la loi peut être annulée par le juge constitutionnel. Il sanctionne les mesures insuffisantes. Mais le juge ne constate l'inconstitutionnalité qu'en cas de violation manifeste. Il ne pratique plus un contrôle poussé, mais seulement un contrôle allégé. Il utilise le critère de l'évidence pour s'en tenir à une auto-modération qui respecte le pouvoir politique d'appréciation du législateur. La loi peut contrevenir dans une certaine mesure à la finalité constitutionnelle de protection de l'environnement pour prendre en considération d'autres valeurs protégées. Mais s'il y a insuffisance manifeste, alors la loi est inconstitutionnelle.

Cette jurisprudence des mesures manifestement insuffisantes produit les conséquences d'un effet cliquet. Est considérée comme une législation manifestement insuffisante, toute loi qui reviendrait en arrière par rapport au niveau de protection déjà consacré par une loi précédente. En effet, une loi qui abaisserait le niveau de protection antérieur constituerait une décision manifestement insuffisante, le juge considérant que la loi antérieure fixe un standard minimum. Devant le juge administratif, la finalité de protection de l'environnement ne joue pas seulement le rôle d'un critère d'interprétation pour délimiter la signification des autres normes. Elle sert aussi à contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si un administré a droit à l'édition de décisions administratives, par exemple, alors il peut réclamer au juge l'obtention des mesures nécessaires à l'application de la finalité ou de la loi le concrétisant. Il en est de même pour les autres branches du contentieux administratif (annulation, reconnaissance d'un droit et exécution d'une prestation). Notons cependant que le juge ordinaire en général utilise moins

Jérôme Germain

volontiers l'article 20a que les lois qui l'appliquent, ce qui explique la rareté du contentieux impliquant l'article 20a.

b - Les recours possibles

Outre la requête constitutionnelle individuelle, il existe quatre principaux types de recours devant le juge constitutionnel allemand : le contrôle abstrait (article 93), le contrôle concret (article 100), le différend inter-organe (article 93) et le différend Fédération-*Land* (article 93). Le différend inter-organe et le différend Fédération-*Land* ne sont qu'exceptionnellement concernés par l'article 20a. En effet, ils ont pour objet la défense d'une prérogative ou d'un droit statutaire garantis par le partage horizontal ou vertical des pouvoirs tel que défini par la constitution.

En revanche, le contrôle abstrait et le contrôle concret représentent les deux voies royales pour défendre la finalité de protection de l'environnement de l'article 20a. Une autorité politique peut demander au juge constitutionnel de contrôler la conformité à la constitution d'une loi soupçonnée de ne concrétiser qu'insuffisamment la protection de l'environnement. C'est le contrôle abstrait. De la même façon, le juge ordinaire, au cours d'une instance principale, peut surseoir à statuer et déférer au contrôle du juge constitutionnel une loi qu'il a à appliquer pour résoudre le cas qui lui est soumis, mais qui lui semble ne respecter qu'insuffisamment la prescription constitutionnelle de protection de l'environnement. C'est le contrôle concret.

B - L'affinement des droits fondamentaux

La protection de l'environnement permet d'affiner les droits fondamentaux, d'abord, parce qu'elle est invocable comme moyen d'interprétation d'un droit fondamental lors d'une requête constitutionnelle individuelle (1), et ensuite parce que la trop grande prise en compte de la protection de l'environnement aux dépens des droits fondamentaux est sanctionnée (2).

L'environnement dans la constitution allemande

1 - La protection de l'environnement comme moyen d'interprétation

a - Ce qui n'est pas possible

La requête constitutionnelle individuelle assure la défense directe des droits subjectifs par les particuliers intéressés. Elle peut être invoquée par n'importe quel particulier qui s'estime lésé dans ses droits fondamentaux. L'épuisement des voies de recours internes est la seule condition requise.

Mais un particulier ne peut pas invoquer seulement une finalité assignée à l'Etat au fondement de sa requête constitutionnelle. La seule violation de la finalité de protection de l'environnement n'est pas suffisante pour ouvrir une requête constitutionnelle. La requête constitutionnelle protège les droits subjectifs. Or une finalité assignée à l'Etat ne fait naître aucun droit subjectif. En conséquence, la protection de l'environnement, en tant que finalité assignée à l'Etat, ne peut pas fonder, seule et directement, une requête constitutionnelle individuelle.

b - Ce qui est possible

En revanche, le plaignant peut faire valoir qu'il est atteint dans ses droits fondamentaux en raison de la protection insuffisante de l'environnement, qui, par exemple, entraîne une violation de l'article 2 LF (droit à la santé). L'article 20a n'est pas invoqué seul, mais à l'appui d'un droit fondamental porteur de droits subjectifs. Le juge constitutionnel, au nom de l'unité de la constitution et de la concordance pratique, utilise l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale pour interpréter les droits fondamentaux et dégager leur sens précis. L'article 20a n'est pas invocable directement mais indirectement à l'occasion d'une requête constitutionnelle. Et c'est en fonction de l'ensemble de la Loi fondamentale, et donc y compris de la protection de l'environnement, que les droits fondamentaux prennent tout leur sens.

La finalité de protection de l'environnement permet d'élargir la protection des droits fondamentaux sans risque de neutralisation mutuelle. Elle affine la définition des droits fondamentaux sans

Jérôme Germain

surcharger la constitution en droits fondamentaux. La finalité assignée à l'Etat de protection de l'environnement introduit une gradation subtile entre les droits fondamentaux et les autres dispositions constitutionnelles. Elle influence et « colore en vert » les droits fondamentaux grâce au principe d'unité de la Loi fondamentale.

2 - *La trop grande prise en considération de la protection de l'environnement*

a - Les limites aux limites

La limitation par la Loi d'un droit fondamental est elle-même bornée. Ce sont les limites aux limites (*Schranken-Schranken*) aux droits fondamentaux. La constitution en a posées certaines (article 19 LF). La loi doit expressément citer le droit fondamental qu'elle restreint (*Zitiergebot*). Elle ne doit pas concerner un cas particulier. Il lui est interdit de porter atteinte au noyau dur (*Wesensgehaltsgarantie*) du droit fondamental.

Par ailleurs, la jurisprudence a développé la théorie de l'interaction (*Wechselwirkungslehre*): la loi qui limite un droit fondamental est aussi limitée par ce droit fondamental. En d'autres termes, elle doit être comprise comme respectant et reconnaissant l'importance du droit fondamental qu'elle limite. La limitation est de compréhension stricte. Enfin, le principe de proportionnalité et l'immanence constitutionnelle jouent non seulement en matière de limites, mais aussi de limites aux limites. Pour demeurer constitutionnelle, l'atteinte à un droit fondamental doit rester appropriée (*Geeignetheit*), nécessaire (*Erforderlichkeit*) et adéquate (*Angemessenheit*) ou tolérable (*Zumutbarkeit*). L'immanence constitutionnelle implique, quant à elle, que la prise en compte de la protection de l'environnement ne doit pas trop se faire aux dépens des autres valeurs constitutionnellement protégées, mais au contraire en en tenant compte. Là encore, au nom de l'unité du texte constitutionnel, lors de la collision entre valeurs constitutionnellement protégées, doit être recherchée la conciliation

L'environnement dans la constitution allemande

concrète qui assure l'optimisation (c'est-à-dire l'effectivité la plus grande) à chacune de ces valeurs protégées.

b - La sanction des empiètements excessifs sur les droits fondamentaux

Un empiètement trop important des droits fondamentaux par la protection de l'environnement peut faire l'objet d'une requête constitutionnelle. Le juge constitutionnel utilise les limites aux limites comme autant d'instruments d'évaluation. Elles lui permettent d'estimer si la protection de l'environnement organisée par la loi, appliquée par l'administration et contrôlée par le juge est allée dans trop loin dans la restriction d'un droit fondamental.

La protection de l'environnement peut certes justifier des limitations aux droits fondamentaux, mais uniquement dans certaines limites. Elle enrichit incontestablement la définition des droits fondamentaux. Mais parce qu'elle n'est pas elle-même un droit fondamental, elle ne saurait le bloquer ou le stériliser. Elle peut justifier des limitations aux droits fondamentaux, mais parce que les droits fondamentaux bénéficient d'une protection particulière dans la constitution allemande, ces limitations aux droits fondamentaux sont limitées. Les droits fondamentaux conservent une sorte de priorité sur la protection de l'environnement, et la protection de l'environnement précise leur contenu et ne peut justifier que des limitations limitées aux droits fondamentaux.

L'ANIMAL NOUVEL OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL*

par Olivier Gassiot,
A.T.E.R en droit public à l'Université
des sciences sociales de Toulouse.

« Politique, l'écologie ne sera pas démocratique ;
Démocratique, il lui faudra renoncer
aux mirages de la grande politique »¹.

« Notre maison brûle et nous regardons ailleurs. La nature, mutilée, surexploitée, ne parvient plus à se reconstituer, et nous refusons de l'admettre [...] . La terre et l'humanité sont en péril et nous en sommes tous responsables. Il est temps, je crois, d'ouvrir les yeux [...]. Nous ne pourrions pas dire que nous ne savions pas ! Prenons garde que le XXI^e siècle ne devienne pas, pour les générations futures, celui d'un crime de l'humanité contre la vie.² »

Ce discours du Président de la République illustre parfaitement les préoccupations qui retiennent l'attention de part le monde depuis une trentaine d'années. Les catastrophes écologiques se sont multipliées : Seveso, Bhopal, Tchernobyl ; toutes, outre leur impact sur l'ensemble de l'environnement, ont aussi fortement touché le monde animal. Il n'est qu'à se souvenir des marées noires qui se sont succédées

* Avec l'aimable autorisation de la *RFDC*.

¹ Luc FERRY, *Le Nouvel Ordre écologique*, Paris, Grasset 1992, p. 268.

² Jacques CHIRAC, discours prononcé devant l'assemblée plénière du sommet mondial sur le développement durable réuni à Johannesburg en septembre 2002.

(Amoco Cadiz, Erika, Prestige), pour avoir une idée précise de l'ampleur des dégâts occasionnés notamment à la faune. Ce constat met en évidence les liens étroits, à la fois directs et indirects, qu'entretiennent l'animal et l'environnement. Cette proximité va expliquer que l'animal puisse devenir un objet du droit constitutionnel, perspective qui se dessine avec la constitutionnalisation de la Charte de l'environnement¹. Pour ce faire, il faut que l'environnement devienne lui-même un objet du droit constitutionnel, perspective qui semble se dessiner avec la future constitutionnalisation de la charte de l'environnement. En effet, ce texte, voulu par le Président de la République, a pour objectif de faire rentrer le droit de l'environnement dans la charte fondamentale française. Si, jusqu'à présent, les projets n'ont pas manqué, la réalisation ne fût jamais au rendez-vous². Ceci explique le retard pris par la France en ce domaine vis-à-vis de ses voisins européens³, retard que la charte se propose de combler.

Depuis Bacon et Descartes, les rapports entre l'homme, la nature et les animaux, sont des rapports basés sur la domination. Si Descartes a écrit que l'homme est *comme* le possesseur et maître de la nature, c'est pour souligner que Dieu est seul maître réel. Cependant la sécularisation de la société, initiée pendant les Lumières, allait entraîner la disparition de la limite divine et faire de l'homme, cette fois-ci réellement, le maître de la nature⁴.

En réaction, plusieurs courants de pensée ont cherché des alternatives aux problèmes que pouvaient poser cette position de l'homme. À la nécessité de dominer la nature pour survivre, se présente un nouveau défi pour l'humanité, contrôler son

¹ Le Congrès a adopté la charte de l'environnement le 28 février 2005, par 531 voix pour, 23 contre et 111 abstentions.

² Voir *infra*, II, B, 1, les projets proposés mais non aboutis.

³ Voir *infra*, II, A, 2, des exemples de constitutions de pays européens reconnaissant l'environnement.

⁴ « L'animal dans nos sociétés », dans *Problèmes politiques et sociaux* n° 896, janvier 2004 ; *Le débat* n° 108, p. 156-192 et n° 109, p. 138-192 ; Luc FERRY, *op. cit.* ; « La question animale », *Politix*, n° 64, mars 2004, 223 pages.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

développement scientifique. Ce dernier, et il n'en a déjà donné que trop de gages, a la possibilité, ni plus ni moins, que de faire disparaître l'homme et l'environnement qui lui est nécessaire. Cet enjeu en rejoint un autre, à savoir la croissance rapide de la population mondiale¹, qui appelle à une gestion plus raisonnée des ressources planétaires dont l'animal fait partie intégrante.

En Occident², les préoccupations quant au sort des animaux datent du XIXe siècle, époque où apparaissent les premières législations protectrices³, mais cette prise en compte louable peut refléter des philosophies fort différentes. Elles pourront consacrer l'animal comme un sujet à part entière, être sensible qu'il faut protéger, animal dont il faut reconnaître et garantir les droits. C'est l'utilitarisme de Jeremy Bentham et, plus près de nous, de Peter Singer. Encore plus poussée est l'écologie profonde, qui reconnaît à la nature une valeur supérieure à l'homme même, et lui donne donc la priorité dans son système de pensée. Plus modéré, et anthropocentré, est l'humanisme républicain qui voit dans le respect des animaux, non pas un droit de ces derniers, mais bien plutôt un devoir de l'homme qui s'avilit en les maltraitant. Le choix de protéger l'animal n'est donc pas innocent et peut relever d'une volonté plus large de réguler la société différemment.

Si l'animal peut devenir un nouvel objet du droit constitutionnel, il le doit à la consécration constitutionnelle du droit de l'environnement par la charte de l'environnement. Cette dernière proclame des principes classiques de cette branche du droit qui permettront l'introduction de l'animal dans les textes fondamentaux de notre pays. Il en va ainsi du droit à un environnement équilibré qui sous-entend la gestion des ressources naturelles dont l'animal fait partie.

¹ De deux milliards d'habitants au début du XIXe, la population mondiale passera, selon les prévisions de l'O.N.U., à dix milliards à la moitié du XXIe siècle.

² La perception de l'animal dans les pays du Moyen-Orient et de l'Asie est totalement différente. Pour des approfondissements, voir G. CHAPOUTIER, *Les droits de l'animal*, P.U.F., Que sais-je ?, n° 2670, juillet 1992.

³ Voir *infra* I, A, 1, la description des différentes législations.

De même, le principe de précaution peut permettre l'évaluation des risques environnementaux liés aux activités humaines et limite donc leur impact sur la nature et les animaux. Il faut souligner cependant que, lors des discussions parlementaires, l'inscription de la faune et de la flore dans le texte de la charte a été écartée. Malgré tout, et c'est le thème de cette étude, il nous semble que l'animal puisse, quand même, devenir objet du droit constitutionnel mais de manière indirecte comme nous allons le voir.

La reconnaissance constitutionnelle de l'animal peut n'être pas sans conséquence sur sa protection. Matériellement, à l'heure actuelle, en France, l'animal ne peut-être un objet du droit constitutionnel que par ricochet. Sa protection constitutionnelle dépendra, donc, de l'utilisation faite des principes reconnus par la charte. D'ailleurs, la place constitutionnelle de ces principes est discutée, et ce débat intéresse, évidemment, là aussi l'animal comme nouvel objet du droit constitutionnel.

Ce débat s'est également traduit formellement par le choix de la place à donner à l'environnement dans la hiérarchie des normes internes. A ce sujet se pose d'ailleurs la question de l'impact réel de la reconnaissance constitutionnelle de l'animal.

C'est pourquoi, il apparaît intéressant de voir, d'abord, comment l'animal, déjà objet du droit, va pouvoir être un objet du droit constitutionnel par le biais de l'environnement (I). Avant d'étudier, l'impact qu'aura cette constitutionnalisation sur la protection de l'animal (II).

I - L'animal saisi par le droit

L'animal n'est pas, loin de là, un inconnu pour le droit français. Il a, en effet, très tôt fait partie des objets du droit, plus particulièrement du droit privé. Sa perception juridique a évolué¹ en même temps

¹ Un rapport sur le régime juridique de l'animal a été remis au Garde des sceaux Dominique Perben, le 11 mai 2005, par Suzanne Antoine. Deux axes de réforme y sont proposés. Soit créer dans le code civil une catégorie à part pour les animaux, entre les biens et les hommes. Soit laisser les animaux dans la catégorie des biens tout en leur reconnaissant leur particularité.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

qu'évoluaient les connaissances scientifiques et le cadre philosophique à son sujet. Grâce aux principes consacrés par la charte de l'environnement, cette évolution semblerait aboutir à l'heure actuelle à une petite révolution : faire de l'animal un objet du droit constitutionnel.

A - La mutation du statut juridique de l'animal en droit français

La perception originelle de l'animal par le droit français doit beaucoup à la philosophie. S'il fût perçu d'abord comme une simple machine corvéable à merci, c'est en partie les remises en cause et les évolutions des systèmes philosophiques qui allaient permettre l'accroissement de la protection juridique de l'animal en reconnaissant notamment sa sensibilité.

1 - De « l'animal machine » aux prémices de sa protection

La figure de l'animal en France a été marquée, et est encore marquée par l'anthropocentrisme. C'est-à-dire que l'animal n'est perçu par l'homme, et donc par le droit, que du seul point de vue de son intérêt pour l'être humain. Cette conception de l'animal est imprégnée de la philosophie de Descartes. Ce dernier, dans son ouvrage fondamental, le *Discours de la méthode*¹, introduit une séparation stricte entre l'homme et l'animal, une césure qui se veut définitive entre le monde humain et le règne animal. Il fait de ce dernier un être inanimé, une machine éternellement renouvelable au service des besoins humains. Et si l'animal est une machine au service de l'homme, il lui est aliéné et ne mérite aucune protection. Il faut préciser, tout de même, que Descartes, loin de justifier de possibles abus, voyait dans les animaux des créatures de Dieu, qui à ce titre méritaient le respect et la charité.

Le droit, baigné dans cette influence, allait conférer à l'animal un statut bien particulier. Il est ainsi perçu par le code civil de 1804 comme une chose². Il n'y a donc pas de différences faites entre

¹ René DESCARTES, *Discours de la méthode*, cinquième partie, Le livre de poche, juillet 2003.

² Articles 528, 547 et 1385 du code civil.

L'animal, être vivant, et les choses inanimées ! De plus, son statut peut se modifier suivant qu'il soit animal de compagnie - il est alors meuble par nature -ou qu'il soit animal d'élevage- il est alors immeuble par destination¹. L'animal sauvage n'apparaît pas dans ces catégories, et pour cause, puisque le droit français le reconnaît comme une « res nullius »², c'est-à-dire un bien vacant et sans maître. L'animal sauvage, n'appartenant à personne, il est par essence appropriable. Le chasseur ou le pêcheur peut, donc, se l'approprier presque librement³ sous certaines conditions, notamment l'obtention d'un permis !

Conséquence directe de l'anthropocentrisme, l'animal n'existe juridiquement que par rapport au regard que porte sur lui l'homme. Donc, l'usage que l'homme fait de l'animal va entraîner son classement dans telle ou telle catégorie juridique. Sont ainsi distingués les animaux sauvages, les animaux de compagnie, les animaux apprivoisés, les animaux d'élevage et enfin les animaux destinés à la recherche. Ainsi, l'animal, tel qu'il est saisi par le droit français, est polymorphe.

Cette position de l'animal dans la société et dans le droit allait évoluer après la Révolution française, sous l'impulsion de nouveaux courants philosophiques. En réaction au « cartésianisme » tout un courant humaniste⁴ s'est formé pour reconnaître « à nos frères d'en bas »⁵ un droit à la compassion. L'exemple des premières législations protectrices des animaux viendra d'Outre-manche. Dès 1822, en Angleterre, est adoptée une loi visant à interdire les mauvais traitements infligés en public aux animaux domestiques, législation novatrice mais limitée aussi bien dans son objet que dans sa portée. La

¹ GULPHE, *L'immeuble par destination*, thèse, Paris, 1943.

² REMOND-GOUILLOUD, « Ressources naturelles et biens sans maîtres », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1985, Chronique, p. 27.

³ J. GUILBAUD et F. COLAS-BELCOURT, *La chasse et le droit*, 15^{ème} éd., 1999 ; J. GUILBAUD et P. LE BIHAN, *La pêche et le droit*, Litec, 1992.

⁴ Voir *Le Nouvel Ordre écologique*, *op. cit.* p. 76, 77, 78, pour une description de ce courant.

⁵ Georges CLEMENCEAU.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

France, par l'article 30 de la loi du 28 septembre 1791, réprimera les mauvais traitements infligés aux animaux appartenant à autrui. Le code pénal reprendra cette disposition dans ses articles 452 et 453. Seul le préjudice infligé au patrimoine d'autrui est ici pris en compte, il ne s'agit donc pas de protéger l'animal pour lui-même, mais simplement de sanctionner une atteinte à la propriété. Sous la deuxième République¹ un premier changement va s'amorcer. Les mœurs anglaises, qui témoignaient depuis plus longtemps d'un respect pour l'animal², influencèrent suffisamment l'opinion publique française pour qu'il soit débattu sur un plan légal du sort des animaux. Le Parlement français adopta le 2 juillet 1850, pour la première fois, une loi protectrice de l'animal. Cette loi, dite loi Grammont, réprime les mauvais traitements exercés publiquement et abusivement envers les animaux domestiques. Il s'agit là d'une avancée fondatrice qui limite l'homme dans son action sur l'animal, avancée, certes, mais avancée limitée dans sa pratique. Ne sont en effet protégés que les animaux domestiques. Sont donc exclues les autres catégories d'animaux (notamment sauvages). De plus, cette protection vise à protéger la sensibilité des hommes plutôt que l'animal lui-même. C'est la publicité des mauvais traitements plutôt que les mauvais traitements eux-mêmes qui est sanctionnée ! Ne sont protégés que les animaux proches de l'homme et les sévices pouvant affecter la sensibilité des êtres humains. L'humain est toujours au centre de ce dispositif. Les grands hommes qui ont porté la réforme, et ils furent nombreux³, avaient pour visées l'éducation de la société. Cette loi est donc marquée, d'abord, du sceau de la philanthropie, et, toujours de l'anthropocentrisme. Certes l'animal doit être respecté en

¹ Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, p. 213 à 246, Montchrestien, 6^{ème} édition, septembre 2000.

² En 1824 voyait le jour la *Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, F. BURGAT, *La protection de l'animal*, Que sais-je ?, 3147, mars 1997.

³ En premier lieu, l'initiateur de cette réforme, Jacques-Philippe Delmas de Grammont. Puis, Victor Schoelcher, Victor Hugo, Jules Michelet, Pierre Larousse...

tant que tel, car il est un être sensible, mais à travers les sévices portés aux animaux, c'est d'abord l'homme qui se dégrade et perd son humanité. Limiter la violence des hommes envers les animaux, vise à limiter la violence des hommes entre eux. Il faudra d'ailleurs attendre un décret du 7 septembre 1959 pour que la condition de publicité soit abrogée. Ce décret ouvre également la possibilité à une association de protection animale de recueillir l'animal maltraité, ce qui représente un pas supplémentaire vers la reconnaissance d'un intérêt propre à l'animal. La loi du 19 novembre 1963 renforce la protection de l'animal en créant le délit d'acte de cruauté envers les animaux domestiques apprivoisés ou tenus en captivité, sans qu'une condition de publicité soit retenue. Là encore, on ne peut que constater la difficulté de cerner l'ensemble du règne animal dans une seule législation, l'animal sauvage se trouvant exclu de cette nouvelle protection et la protection accordée à l'animal étant finalement proportionnelle à sa proximité avec l'homme. Domestique, la protection existe, sauvage, elle disparaît.

Il faut souligner que l'animal est encore un objet de droit et non un sujet de droit. Cette ancienne position doctrinale est discutée¹ à l'heure actuelle. Pour preuves de la remise en question de la place de l'animal dans la société, différents projets sont proposés pour doter l'animal d'une personnalité juridique² en lui reconnaissant notamment le statut de sujet de droit.

¹ Face au risque de la personnification de l'animal (l'homme rendu au rang de l'animal pourrait donc subir les mêmes atteintes), face aux difficultés pratiques (représentation par l'homme obligatoire, quels animaux obtiendraient la personnalité juridique ?), les avantages paraissent réduits (une meilleure protection peut se passer de la personnification). A. M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, chron. 33 ; R. NERSON, « La condition juridique de l'animal au regard du droit », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1963, chron. 1 ; J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1998, chron. 205.

² C. PREAUBERT, *La protection juridique de l'animal en France*, 2^{ème} partie, thèse, Presses universitaires du Septentrion, février 2002.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

Les premières sauvegardes juridiques de l'animal, si elles permettent un meilleur respect, n'entraînent pas pour autant une remise en question de la place de l'animal dans nos sociétés. Le changement va s'amorcer sous la pression de plusieurs facteurs.

2 - L'extension de la sauvegarde juridique de l'animal à la faveur de la reconnaissance de sa sensibilité

L'évolution des sciences autant que celle de la philosophie, vont changer le regard porté sur l'animal. Ce changement de point de vue conduira le droit à se modifier petit à petit, suivant en cela l'évolution de la société.

Les prémices d'une mutation du statut de l'animal vont poindre, d'abord, dans le domaine scientifique. Les hypothèses proposées par Charles Darwin¹ sur l'évolution portent un premier coup à la séparation absolue qui était faite jusqu'alors entre l'homme et l'animal. En constatant que les espèces sont issues les unes des autres, selon les lois de la sélection naturelle, il fait tomber le mythe de l'homme absolument distinct de l'animal. L'homme a donc pour cousinage, plus ou moins lointain, une multitude d'animaux qu'il a jusque là négligé, voire martyrisé ! De même, l'éthologie, fondée par Konrad Lorenz, qui a pour objectif l'observation du comportement des animaux, allait participer à la réhabilitation de l'animal. Cette science a mis en avant la capacité des animaux à acquérir des connaissances, rompant ainsi la frontière tracée entre l'homme, capable d'acquérir des connaissances, et l'animal limité à des aptitudes innées.

Cette remise en question importante de la place de l'homme dans l'univers allait forcément influencer la philosophie. Là aussi une révolution a lieu et la dichotomie radicale entre la culture et la nature se voit battue en brèche. L'utilitarisme, fondé par Jeremy Bentham, poursuivi par Henry Salt², et appliqué à la cause animale par Peter

¹ *De l'origine des espèces*, 1859.

² H. SALT, *Les droits de l'animal (considérés dans leur rapport avec le progrès social)*, traduit par L. Hotelin, H. Welter édit., 1914.

Singer¹, allait, lui aussi, permettre le développement de la protection animale. L'utilitarisme peut se définir comme la doctrine selon laquelle l'utile est le principe de toutes les valeurs. Dès les écrits de Bentham, on trouve dans ce courant philosophique un attachement à la cause animale. Ceci lui fait écrire, en parlant des animaux : « La question n'est pas : peuvent-ils raisonner ? Ni : peuvent-ils parler ? Mais bien : peuvent-ils souffrir ? » La version maximaliste de cette philosophie pousse au renversement des valeurs traditionnelles en Occident. Pour les tenants de ce courant, l'égalité doit régner entre les animaux dont l'homme fait partie. L'animal, être sensible, acquiert des droits qui doivent lui être reconnus : il doit pouvoir les faire défendre, au besoin devant un juge. L'animal devient ainsi un sujet potentiel de droit.

L'animal allait également voir sa protection évoluer par l'apparition d'une problématique plus large qui allait l'englober. Dans les années soixante, apparaît, en effet, la question environnementale avec la survenue des premières catastrophes touchant la nature et le développement de l'énergie nucléaire (civile ou militaire). Il est à souligner qu'à partir de là ces deux notions, protection environnementale et protection animale, vont souvent aller de pair, la protection animale bénéficiant de l'amélioration de la protection environnementale. L'ensemble de ces évolutions scientifiques et philosophiques allait connaître une traduction juridique favorable à l'animal.

Une loi allait bouleverser la perception de l'environnement et, par-là même, la perception de l'animal. La loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature introduit un renversement fondamental en reconnaissant l'animal comme un être sensible². Cette reconnaissance allait entraîner une remise en question des différentes activités humaines impliquant l'animal. L'élevage, le transport, et l'abattage des animaux allaient devoir tenir compte de cette reconnaissance de la

¹ P. SINGER, *Animal liberation*, Avon books publisher, 1977.

² Article 9 : « tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ».

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

sensibilité de l'animal. Cette révolution a été rendue possible par une perception nouvelle de l'animal, qui se traduit, en outre, par l'obligation de satisfaire les impératifs biologiques des animaux.

Par exemple, en matière de transport des animaux, il doit être tenu compte de la sensibilité de l'animal. En ce sens, pour pouvoir transporter un animal dans un but lucratif sur plus de cinquante kilomètres, un agrément est nécessaire¹, ce dernier devant garantir que le transporteur offre à l'animal un espace et une aération permettant de satisfaire ses besoins vitaux.

De même, l'expérimentation animale va être règlementée, puisque le code rural prévoit que les expériences biologiques médicales et scientifiques doivent être limitées aux cas de stricte nécessité².

L'animal sauvage, qui jusqu'à présent n'était protégé que par le droit de la chasse, va profiter, lui aussi, de cette vague. L'article 25 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, crée les réserves et les parcs nationaux³, autant de sanctuaires qui protégeront les animaux et permettront la survie d'espèces en voie de disparition. L'animal sauvage est ainsi pleinement saisi par le droit.

Cette évolution va également entraîner un renforcement des devoirs de l'homme envers « ses frères inférieurs ». Ainsi, le code pénal sanctionne, et ce depuis la loi du 6 janvier 1999, relative aux animaux dangereux et errants : « le fait par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, d'occasionner la mort ou la blessure d'un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité est puni de l'amende prévue pour les contraventions de troisième classe... »⁴. L'animal, qui est toujours un objet au sens classique du droit, n'est plus tout à fait une chose comme les autres. Son propriétaire voit « l'abus », qu'il devrait pouvoir exercer sur sa

¹ Article 277 du code rural.

² Article 276 du code rural, et décret du 19 octobre 1987 qui énonce la liste des cas de nécessité.

³ Article L. 242-8 du code rural, et article L.332-8 du code de l'environnement.

⁴ Article R 653-1 du code pénal.

chose, disparaître en partie puisqu'il ne peut plus librement agir sur l'animal qu'il possède. Dans le même sens, l'animal n'est plus tout à fait considéré comme une chose par le code pénal, puisqu'il ne classe plus les infractions le concernant dans le livre III relatif aux crimes et délits contre les biens, mais dans le livre V relatif « aux autres crimes et délits ». Le code pénal sanctionne aussi, en plus des actes de cruautés, publics ou non, l'abandon d'un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité, à l'exception des animaux destinés au repeuplement¹. L'homme a, à présent, des devoirs certains envers l'animal qu'il s'est approprié².

Cette action de préservation de la nature, qui entraîne par ricochet la préservation d'espèces animales sauvages, va préparer la voie de la protection de l'animal par la charte constitutionnelle de l'environnement.

B - L'amorce d'une protection constitutionnelle de l'animal par la charte de l'environnement

Deux fondements majeurs du droit de l'environnement vont entraîner une prise en compte, directe et indirecte, de l'animal par le droit constitutionnel. La nécessité d'un environnement équilibré et le principe de précaution, proclamés par la charte de l'environnement, impliquent en effet que l'animal devienne un objet du droit constitutionnel.

1 - La consécration constitutionnelle du droit à un environnement équilibré

Dans la deuxième moitié du XXe siècle est apparue une nouvelle préoccupation : l'environnement. Que ce soient les naufrages de pétroliers, dont les noms sont restés tristement célèbres, le drame de Tchernobyl, la crise dite de « la vache folle » ou les révélations sur le trou dans la couche d'ozone, tous ces événements ont entraîné une prise de conscience : l'urgente nécessité de préserver l'environnement favorable à l'homme.

¹ Article 521-1 du code pénal.

² Voir aussi les articles R 654-1 et 655-1 du code pénal.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

En ce sens, la charte de l'environnement consacre le droit à un environnement équilibré dans son article 1 : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé ». La charte de l'environnement rappelle aussi, dans cet article, que la santé est un droit¹, et que l'environnement doit donc être propice à sa protection. Ce principe fait partie de l'objectif plus large, qui a émergé dans les dix dernières années, qu'est le développement durable. « Le développement durable permet de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins »². Celui-ci a pour finalité de faire respecter aujourd'hui le patrimoine³ que constitue l'environnement pour permettre aux générations futures leur propre développement.

Pour cela, il doit concilier trois finalités souvent perçues et présentées comme opposées : l'économique, le social et l'environnemental. Si les deux premières sont constitutionnelles⁴, la charte de l'environnement permet à la dernière cette reconnaissance.

Mais, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, c'est le fait que le développement durable⁵ et le droit de vivre dans un

¹ Le droit à la protection de la santé a déjà été consacré par le préambule de la constitution de 1946, utilisé par le Conseil constitutionnel pour la première fois à l'occasion de sa décision du 15 janvier 1975 « interruption volontaire de grossesse », 54 DC, *Recueil*, p. 19 ; voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2003, 1058 pages, p. 299-326 ; RJC p. I-30 ; G. CARCASSONNE et B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 1999 (7), p. 93-101.

² Concept défini pour la première fois par un rapport de la commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'O.N.U en 1987.

³ Article L. 110-1 du code de l'environnement : « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du *patrimoine commun de la nation* ».

⁴ Fixées notamment par le préambule de la constitution de 1946.

⁵ Principe consacré par la charte de l'environnement aussi bien dans ses motivations que dans son article 6 : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles prennent en compte

environnement sain et équilibré ont des conséquences sur la protection de l'animal. En effet, poursuivre ces deux objectifs inclut « de maintenir les processus écologiques essentiels et les systèmes entretenant la vie, de préserver la diversité génétique dont dépend le fonctionnement de la plupart de ces systèmes, de veiller à l'utilisation durable des espèces et des écosystèmes »¹. Il est d'ailleurs à souligner que dans l'exposé des motifs de la charte, le qualificatif « équilibré » recouvre « le maintien de la biodiversité, l'équilibre des espaces et des milieux naturels, le bon fonctionnement des écosystèmes et la maîtrise de la pollution »². Il est alors évident que « l'équilibre » a une connotation biologique marquée.

Cette priorité définie par la charte de l'environnement a des conséquences directes et indirectes sur les animaux. La conservation de la biodiversité consiste, pour une part, à protéger directement la faune et la flore par la création de réserves naturelles. Mais quels animaux vont être protégés par ces principes ? Tous les animaux, seulement les animaux sauvages, ou simplement les espèces en voie de disparition ? La protection ne sera-elle assurée que dans des réserves, sortes de sanctuaires où l'homme ne pourra plus agir ? Ou alors, la régulation de la biodiversité s'opérera-t-elle partout ? Ce renforcement global de la protection animale va poser avec encore plus d'acuité le problème de la cohabitation de l'homme et de l'animal sauvage en général, et en voie de disparition en particulier. L'actualité résonne des réelles difficultés à faire cohabiter -on pense ici bien sûr au cas du loup et de l'ours- protection réelle de l'animal et maintien des activités humaines indispensables, elles aussi, à la survie des milieux. Si l'on ne peut à l'heure actuelle répondre à ces interrogations, on peut déjà évoquer quelques pistes.

La protection constitutionnelle semble, en l'espèce, réduite à l'animal sauvage. En effet, les réserves déjà créées concernent

la protection et la mise en valeur de l'environnement et les concilient avec le développement économique et social ».

¹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2004, p. 43.

² Discours de D. PERBEN, ministre de la Justice, à l'Assemblée nationale (*JO* 26 mai 2004, n° 50(2), p. 4040).

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

exclusivement les animaux sauvages. La constitutionnalisation permettra-t-elle un renforcement de la politique des parcs naturels nationaux et régionaux ? Il faut rappeler que les premiers parcs naturels sont nés au XIXe siècle¹, et que la France a attendu 1963² pour mettre en place, et en œuvre, cet instrument de protection de la faune et de la flore. La protection constitutionnelle directe de l'animal par la charte de l'environnement semble, donc, réduite par ce principe aux animaux sauvages. Cette protection permettra aussi sûrement une surveillance accrue de l'importation d'espèces exotiques, souvent nuisibles, parfois fatales aux animaux indigènes. Les animaux sauvages, s'ils bénéficient d'une protection directe, vont aussi connaître une protection indirecte plus large. En effet, la protection de la biodiversité passe aussi par la préservation des milieux naturels favorables à leur survie. Cette sauvegarde réclame la défense de la terre, la pureté de l'eau, la régulation de l'oxygène, la baisse de la pollution, autant que la gestion des écosystèmes fragiles ou en voie de disparition. Or cette préservation, si elle est favorable aux animaux sauvages, va profiter bien sûr à tous les animaux. Protéger les espaces naturels d'atteintes écologiques, c'est faciliter la survie, dans notre écosystème, de tous les animaux, qu'ils soient sauvages ou apprivoisés. Ainsi, d'une protection directe limitée, on va passer à une protection constitutionnelle indirecte plus ample, renforcée par la nécessité constitutionnelle d'évaluer les risques des activités humaines.

Si la reconnaissance constitutionnelle du droit au développement durable va permettre une protection plus ou moins étendue des animaux, pour autant la France ne proclame pas un principe constitutionnel de protection générale des animaux. En effet, la charte de l'environnement est marquée du sceau de l'humanisme. « Faire le choix de l'écologie humaniste, c'est faire le choix d'une démarche qui

¹ Le premier parc créé est le parc du Yellowstone en 1872 (U.S.A). Le parc national Kruger, autre parc mondialement connu, a lui été créé en 1892 en Afrique du sud.

² Les parcs nationaux de la Vanoise et de Port-Cros sont les premiers fondés. Il faudra attendre 1967 pour que soit créé le suivant dans les Pyrénées.

met l'homme au centre de tout projet »¹. Cette position française s'oppose à la sensibilité anglo-saxonne plus marquée par « la libération animale » de Peter Singer. Cette orientation se traduit par le refus du bio centrisme au profit de l'anthropocentrisme. Ainsi, il est significatif que nulle part n'apparaisse, dans la charte, les termes de faune et de flore. Des exemples étrangers sont là pour nous montrer qu'une autre voie était possible. La constitution du Land de Bavière pose comme principe que, dans l'exercice de leurs droits, les citoyens doivent traiter avec respect la nature et les paysages². L'article 42, alinéa 2, de la constitution de Brandebourg dispose que « l'animal et la plante sont respectés en tant qu'êtres vivants. Les espèces et l'habitat nécessaires à leur vie doivent être conservés et protégés ». L'Allemagne a même constitutionnalisé récemment une protection générale des animaux³.

Ce type de préoccupation se retrouve aussi, de manière atténuée, dans le projet de traité constitutionnel européen⁴.

La position française reste donc, sur la thématique de la protection animale, en deçà des positions rencontrées, et ce malgré les apports de la charte.

¹ Discours d'Orléans du 3 mai 2001 du Président de la République française.

² Articles 2 II et 141.

³ Article 20a de la Loi fondamentale allemande du 8 mai 1949 : « Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie et *les animaux* par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit. » J. GERMAIN, « La protection de l'environnement dans la constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'Etat », *Pouvoirs* n° 113, p. 195-207.

⁴ Article III-121 : « Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et du développement technologique et de l'espace, l'Union et les Etats membres tiennent pleinement compte des exigences du bien être des animaux en tant qu'être sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux ».

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

Un autre principe, présent dans la charte, peut permettre au droit constitutionnel de faire de l'animal un de ses objets.

2 - Le principe de précaution constitutionnalisé

L'article 5 de la charte de l'environnement donne valeur constitutionnelle au principe environnemental de précaution : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du *principe de précaution*¹, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus. »

Le principe de précaution a pour objectif, face aux incertitudes scientifiques sur certains dossiers (réchauffement de la planète, déchets nucléaires, organismes génétiquement modifiés...) et face à l'irréversibilité de certaines atteintes à l'environnement, d'instaurer « une nouvelle forme de prévention »² pour protéger la société contre des risques encore inconnus ou incertains. Ce principe met, en fait, en pratique le droit à l'environnement des générations futures. Il est né en Allemagne à la fin des années soixante : il est formulé dans la déclaration de Rio du 13 juin 1992³, ratifiée par la France le 20 juin 1994. Le traité de Maastricht du 7 février 1992⁴ l'introduit en droit communautaire. La loi du 2 février 1995 l'introduit, elle, au niveau législatif en France⁵. Ainsi l'article L 200-1, du code rural dispose que : « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption

¹ Souligné par nous.

² M. PRIEUR, *op. cit.*, p. 145.

³ Principe 15 : « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

⁴ Article 130 R. § 2.

⁵ Article L.110-1 du code de l'environnement.

de mesures effectives et proportionnées, visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable ».

C'est, assurément, la première fois qu'un texte de valeur constitutionnelle définit et proclame le principe de précaution. Ce principe central de la charte de l'environnement, qui fait débat chez les scientifiques comme chez les juristes¹, est donc reconnu au plan international, communautaire et national. L'acceptabilité du risque est au centre de cette problématique.

Ce principe pose un premier problème : par essence, il n'apparaît pas devoir ressortir du champ du droit. « La norme juridique repose sur la certitude, la prévisibilité, sa fonction première est d'assurer un minimum de sécurité, excluant dans la mesure du possible, toute idée de risque. Comment le droit pourrait-il saisir ce qu'il a pour objet de combattre ? Nos systèmes juridiques sont tous marqués par le souci d'éviter l'incertitude »². Pourtant, cette notion de risque, importante en droit de l'environnement, a depuis longtemps été encadrée par la norme juridique³. L'article 5 de la charte de l'environnement marque la volonté de l'Etat de clarifier ce principe. Pour cela la charte effectue une distinction entre la prévention⁴ et la précaution. Celle-là, est en quelque sorte, le parangon de toute politique environnementale. Quel peut donc être l'intérêt de constitutionnaliser un autre principe ? Si l'on agit par prévention, c'est que l'on connaît le risque tout en ignorant le moment de sa survenance ; là demeure l'aléa. En revanche,

¹ Jean-Pierre THERON, « Le risque technologique saisi par le droit », dans *La maîtrise de l'agroalimentaire face aux défis technologiques*, 2003.

² *Ibid.*

³ Pour ne citer que les arrêts fondateurs de la notion par le Conseil d'Etat : « Cames », du 21 juin 1895, *Rec.* 509, concl. ROMIEU ; *S.* 1897.3.33, concl. ROMIEU, note HAURIOU ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2003, n° 6, p. 39-44 ; ou « Regnault-Desroziers », du 28 mars 1919, *Rec.* 329 ; *R.D.P.* 1919-239, concl. CORNEILLE, note JEZE ; *D.* 1920.3.1, note APPLETON ; *S.* 1918-1919.3.25, note HAURIOU ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 217-224.

⁴ Le principe de prévention apparaît à l'article 3 de la charte.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

si l'on agit par précaution, c'est que justement on ignore l'exactitude du risque encouru. « L'incertitude est liée à l'insuffisance des connaissances elles-mêmes et non au caractère éventuellement aléatoire du phénomène considéré (par exemple un risque d'inondation), par nature récurrent mais selon une périodicité aléatoire¹ ».

Le deuxième problème porte sur les réticences du monde scientifique et économique. Ces dernières se focalisent sur le fait que la précaution serait un frein à l'innovation technologique, alors même que les grands progrès de l'humanité se sont faits à partir d'actions novatrices. En revanche, pour une frange des écologistes, le principe de précaution équivaut à l'adage : « dans le doute abstiens-toi », et le risque zéro devient l'objectif à poursuivre. Or il n'en est rien en l'espèce, car le principe de précaution est au contraire un principe d'action. Il est à souligner que, tel qu'il est défini par la charte, il est marqué du sceau de l'anthropocentrisme et évite ainsi l'écueil du bio-centrisme, hostile, quasiment par principe, au progrès scientifique. Ainsi, le Tribunal correctionnel de Montpellier a condamné les destructions des serres du CIRAD, justifiées par le principe de précaution par les coupables. Le Tribunal n'a pas reconnu là une application de ce principe, et a donc condamné les auteurs des dégradations. Ce Tribunal reconnaît, en revanche, dans le même attendu, les garanties qui sont justement apportées par la recherche en matière d'évaluation du risque lié aux biotechnologies, recherches qui mettent, elles, réellement en pratique le principe de précaution². Il oblige les scientifiques à agir pour évaluer au mieux les risques. Il ne traduit donc pas la méfiance moderne à l'égard des sciences, mais bien plutôt la confiance envers les chercheurs.

Tel qu'il est proposé, le texte de la charte impose aux autorités publiques de mettre en œuvre ce principe de précaution. Sont donc exclues de la prise de décision les personnes privées, qui pourtant

¹ Extrait du rapport de la commission Coppens demandé par le ministère de l'Écologie et du Développement durable.

² Tribunal correctionnel de Montpellier, jugement du 15 mars 2001, *Le Monde* 17 mars 2001.

peuvent être concernées par le risque écologique. De même, est en revanche seulement retenu, dans la définition du principe de précaution, le risque environnemental, grave et irréversible, ce qui risque fortement de limiter sa portée, même si d'autres moyens d'agir existent pour compenser ces limites (principe de prévention...).

De manière générale, la consécration constitutionnelle du principe de précaution va permettre une amélioration de la protection de l'animal. Si toutes les innovations technologiques lui sont soumises, alors leur impact sur les animaux sera, sinon éliminé, du moins réduit ou mieux contrôlable. Par exemple, une nouvelle gestion des déchets dangereux (nucléaires, pétroliers...) ou des autorisations d'utilisation de nouveaux pesticides ne peut que protéger les espèces présentes dans les milieux concernés. Par exemple, encore, le milieu marin, et donc les animaux qui y vivent, est souvent atteint par des actions inconsidérées. Le principe de précaution constitutionnalisé doit offrir la possibilité d'obliger les autorités publiques à mener une véritable politique de recherche sur l'impact du rejet des déchets, chimiques ou organiques, directement dans la mer, sans traitement préalable. Il doit aussi offrir la possibilité d'évaluer et de lutter encore plus efficacement contre la sur-pêche (*overfishing*). De la même manière, le principe de précaution appliqué aux O.G.M. peut permettre de mieux contrôler les dérives par « effet domino » sur la chaîne alimentaire des animaux, sauvages et domestiques. Ces impacts, délicats à évaluer, nécessitent des recherches approfondies sur les organismes mutants, qui semblent tout à fait rentrer dans le champ de compétences du principe défini par la charte. Egalement, les animaux d'élevage sont susceptibles de bénéficier de la mise en œuvre constitutionnelle de ce principe. Les différents problèmes récents posés par l'alimentation des animaux d'élevages (farines animales, O.G.M.) se verront appliquer le principe de précaution avec sûrement plus de rigueur et de vigueur. La gestion des différentes épidémies (encéphalite spongiforme bovine, grippe du poulet, peste porcine...), rendue délicate par la rapidité des échanges mondiaux, se verra facilitée par l'engagement des collectivités publiques. Puisque seules celles-ci possèdent à la fois la capacité d'agir juridiquement (prérogatives de

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

puissance publique) et la capacité économique de financer des recherches approfondies et indépendantes. A ce sujet, il est à souligner que le ministère de l'Ecologie et du Développement durable a anticipé ce mouvement en ouvrant des crédits supplémentaires à la recherche environnementale en 2004.

A ce stade du développement, il convient d'explorer les possibles résultats et rendements de la protection constitutionnelle de l'animal.

II - Les conséquences et l'efficacité de la consécration constitutionnelle de l'animal

Si l'animal devient un objet du droit constitutionnel, grâce à la charte de l'environnement, il n'en demeure pas moins que cette nouveauté n'est pas sans poser des problèmes. Sur le plan matériel, la constitutionnalisation¹ pourrait entraîner, notamment, des remises en cause de la hiérarchie des normes. De même, sur le plan formel, on pourra constater des limites à l'efficacité de cette consécration constitutionnelle.

A - La protection matérielle de l'animal par la charte de l'environnement

Dans un premier temps nous ferons le constat que la perception de l'animal par le droit constitutionnel est incomplète. Ensuite nous verrons que sa place dans la hiérarchie des normes ne va pas sans faire naître des interrogations.

1 - L'animal objet constitutionnel par ricochet

L'apparition de l'animal comme objet du droit constitutionnel est due à l'introduction de la charte de l'environnement dans le « bloc de constitutionnalité »². Cette arrivée est donc sensiblement marquée par

¹ Stéphane MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse Toulouse 1998.

² Décision 44 D C, du Conseil constitutionnel, du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association », *Rec.* p. 29 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 237-255 ; J. ROBERT, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *R.D.P.* 1971, p. 1171-1204 ; F.

L'esprit qui a prévalu au moment de l'écriture de la charte. Nous l'avons vu, les rédacteurs de ce texte, s'ils sont conscients de la nécessité de protéger l'environnement, ne tombent pas pour autant dans une perspective écologiste ou écocentrée. C'est-à-dire que, comme l'a précisé le Président de la République¹, le choix a été fait d'une écologie humaniste, ne remettant pas en cause le dogme anthropocentriste. Or, cette décision a de nombreuses conséquences sur la prise en compte par la constitution de l'environnement, et sur la place de l'animal dans la société.

« L'environnementalisme »² choisi n'altère pas la théorie cartésienne de l'appropriation par l'homme de la nature. Il traduit simplement la volonté de rééquilibrer les activités humaines et la nature. De ce fait, la charte de l'environnement ne met pas en œuvre la philosophie de « l'écologie profonde » (*deep ecology*), mouvement qui milite pour un rééquilibrage maximum, faisant de l'homme un élément de la nature comme les autres. Pour les tenants de cette philosophie, des droits devraient être légitimement reconnus et garantis à la nature. Droits de la nature qui pourraient également enfreindre ceux des hommes.

Ce choix pèse aussi sur le sort de l'animal dans la charte de l'environnement. L'option de traduire les idées des courants dominants en matière d'environnement, plutôt que des courants « maximalistes », s'interprète pour l'animal par le refus de l'hypothèse d'une constitutionnalisation de la « libération animale ». Ce mouvement accorderait à l'animal une personnalité juridique, faisant de lui un sujet de droit et donc le détenteur de droits opposables à ceux de l'homme³ ! Est donc repoussée la tentation

LUCHAIRE, *A.I.J.C.* 1991, p. 77 ; L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *Dalloz* 1974, chr. p. 83-90 ; J. RIVERO, *A.J.D.A.* 1971, p. 537-542.

¹ Discours de Jacques CHIRAC, *op. cit.*

² E. HUISMAN-PERRIN et T. LETERRE, *Éléments de culture générale*, p. 134-135, La documentation française.

³ On retrouve dans ce courant des auteurs différents suivant les époques, J. Bentham, H. Salt, P. Singer, voir Luc FERRY, *op. cit.*, p. 80 à 105.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

d'instaurer une déclaration des droits de l'animal, correspondant à nos déclaration des droits de l'homme¹. On comprend, alors, mieux pourquoi la faune et la flore ne sont pas mentionnées dans la charte. A travers la protection de l'environnement, et par-là, de l'animal, la charte a finalement pour ultime dessein la protection de l'homme. Il faut de ce fait ne pas s'étonner que la charte ne proclame pas de protection générale de l'animal, contrairement à ce que l'on peut rencontrer ailleurs².

De plus, l'animal n'apparaît en droit constitutionnel que par le biais de la notion d'environnement et les principes qui lui sont afférents. Pour protéger l'homme, on protège l'environnement, et parfois, pour cela, l'animal. En conséquence on peut dire que l'animal n'est un objet du droit constitutionnel que par ricochet ! Il bénéficie des avancées en matière environnementale pour se voir conférer un statut, limité on va le voir, d'objet du droit constitutionnel.

Ce statut d'objet constitutionnel par ricochet, s'il permet l'entrée de l'animal dans la sphère la plus haute de la hiérarchie des normes juridiques internes, a en revanche l'inconvénient de limiter la portée de cette évolution. En effet, puisque la charte ne se prononce par directement sur l'animal, ses contours constitutionnels restent flous. Cette incertitude va forcément laisser une grande latitude d'interprétation au juge constitutionnel chargé de mettre en application ce nouvel élément du « bloc de constitutionnalité ». Ainsi toutes les potentialités constitutionnelles de ce nouvel objet seront, sinon découvertes, du moins révélées par le Conseil constitutionnel, action symptomatique de la place prise par cette institution dans la vie juridique française³.

Il faut également souligner que la prise en compte de l'animal par le droit constitutionnel risque d'être limitée voire limitative. En effet,

¹ A pourtant été proclamée, à l'U.N.E.S.C.O, une déclaration universelle des droits de l'animal en 1978 !

² Voir *supra* 1, B, I, les exemples de textes consacrant cette protection générale.

³ Henry ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 5ème édition, juin 2004, avant-propos : Droit et démocratie, p. 1 à 4.

les autres branches du droit, ont, elles, déjà pris en compte l'animal, et cela de manière plus précise et étendue. Comme nous venons de le voir, la charte ne va reconnaître ni les différents types d'animaux, ni les différences de traitement qui peuvent et doivent leur être appliquées. Au contraire le droit, autre que constitutionnel, a déjà reconnu la diversité du monde animal. Le droit français distingue différentes catégories d'animaux : sauvages, en voie de disparition, nuisibles, domestiques, d'élevage, servant à la recherche¹... Et à ces différentes situations le législateur adapte des normes. Normes qui imposent, par exemple, la création de réserves naturelles, la destruction d'animaux dangereux ou nuisibles... Le droit constitutionnel, s'il reconnaît implicitement la diversité du monde animal, ne reconnaît pas toute la diversité du monde animal. Situation paradoxale qui fait, par exemple, de l'animal de compagnie, l'animal le plus proche de l'homme, une des catégories d'animaux qui ne connaît pas de protection constitutionnelle. Le fait est, pour le moins, étrange pour un texte qui se veut anthropocentré. De même, l'animal voué à l'expérimentation, domaine si important pour l'homme, ne se voit pas reconnu par la constitution.

Cette dernière, et c'est là un autre paradoxe de ce nouvel objet, ne reconnaît ni la généralité d'une protection animale, ni la particularité d'une protection adaptée, conséquence, finalement logique, de la place particulière de l'animal dans la future charte. Ainsi l'animal apparaît comme un objet constitutionnel incomplet.

Cette situation de la protection constitutionnelle de l'animal est dommageable pour son efficacité, d'autant que le droit international et communautaire reconnaît plus largement la diversité animale. Et à cette diversité animale il a su apporter une protection tenant compte de ses particularismes. L'animal qui est transporté à un niveau international² est protégé. Doivent lui être évitées des souffrances inutiles et contraires à sa santé et à sa sensibilité. Sont aussi protégés

¹ Voir *supra* A, I, les législations et réglementations prenant en compte le diversité animale.

² Convention européenne sur la protection des animaux en transport international, entré en vigueur le 7 novembre 1989, n° 46.615, STE n° 65.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

au niveau international les animaux d'élevage¹, les animaux destinés à être employés à des fins expérimentales ou autres fins scientifiques². Cela montre que le droit international a mieux perçu, jusqu'à présent le problème de la diversité animale, et a ainsi pu assurer une législation adaptée.

De plus, la protection de l'environnement ou de l'animal, souvent, n'a d'intérêt que si elle s'étend à un niveau international. C'est le sens d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, du 27 avril 1988, qui a jugé que « la protection des espèces migratrices revêt le caractère d'un problème d'environnement typiquement transfrontalier qui implique des responsabilités communes des Etats membres ». La directive communautaire sur les oiseaux sauvages³, qui tente d'organiser leur protection à un niveau européen, est symbolique de cette volonté transnationale. D'ailleurs la charte le reconnaît explicitement en faisant de l'environnement, dans son troisième considérant, « un patrimoine commun des êtres humains ».

L'animal objet du droit international et communautaire, comme du droit interne infra constitutionnel, apparaît, ainsi, mieux appréhendé dans sa diversité et sa complexité. En revanche, la saisie par le droit constitutionnel semble limitée aussi bien dans sa portée que dans ses effets.

L'adaptation du droit international et communautaire par rapport au droit constitutionnel sur le thème qui nous intéresse permet de poser une question plus large : quelle sera la place de la charte de l'environnement dans la hiérarchie des normes ?

2 - La charte de l'environnement : nouveau droit pour l'homme ou droit de l'animal ?

L'animal n'entre dans la constitution que si l'on reconnaît l'environnement et les principes qu'il développe, comme un droit de

¹ Directive communautaire 98/58/CE, concernant la protection des animaux dans les élevages, 20 juillet 1998, *JOCE*, n° L 221 du 8-8-1998.

² Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, 18 mars 1986.

³ Directive 74-409 du 2 avril 1979, *JOCE* n° L 103 du 25-4-1979, p. 1-18.

l'homme comme les autres. Mais cette reconnaissance, si elle ne va pas forcément de soi, on le verra, peut aussi entraîner une cohabitation très conflictuelle entre droits d'essence différente, humaine ou animale.

A l'occasion de la discussion portant sur l'établissement d'un texte introduisant l'environnement dans la constitution, s'est de nouveau posée la question de savoir si l'environnement est, ou non, un droit de l'homme et si ce droit nécessitait constitutionnalisation. La doctrine, sur ces points, est partagée¹.

Au départ sont apparus les droits de la première génération, dits « droits libertés », hérités des lumières. Ce sont des droits naturels de l'homme, inaliénables et imprescriptibles. Ils imposent à l'Etat un devoir d'abstention, symbole de l'individualisme du XVIIIe². Plus tard vont apparaître les droits dits « créances », car ils obligent l'Etat à une intervention pour les garantir³. Ils sont critiqués, dès leur origine, comme étant imprécis, injusticiables, dont on ignore le détenteur réel (individu, société, peuple, nation...) et dont on ne connaît pas forcément non plus le débiteur réel. Si, malgré ces critiques, la deuxième génération a été finalement admise comme fondatrice de nouveaux droits de l'homme, c'est parce que ces derniers semblaient nécessaires pour rendre les premiers effectifs. La liberté, en effet, sans un minimum d'égalité paraît purement formelle. Que serait le suffrage universel, si l'ensemble des citoyens ne bénéficiait pas d'un minimum d'instruction ? L'action syndicale, le droit de grève sont les parfaits exemples de la nécessité des « droits créances » pour rendre plus efficaces, ou simplement efficaces, les droits libertés. Ainsi, la relation établie permet de justifier cette première évolution. Les inconvénients initiaux ont très vite cédé le pas devant les avantages qu'ils fournissaient.

¹ Dominique ROUSSEAU, « Les droits de l'homme de la troisième génération », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica-PUAM, janvier 1987.

² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

³ Esquissés par la constitution montagnarde de 1793, repris par la constitution de 1848, et enfin par le préambule de la constitution de 1946.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

La nouvelle génération de droits de l'homme a pour objet de mettre en œuvre le principe de solidarité¹, celui-ci complétant d'une certaine manière le triptyque révolutionnaire et républicain : « Liberté, Egalité, Fraternité ». Le droit à la paix, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes font partie de ce mouvement mais, c'est le droit à l'environnement « qui correspondrait le mieux à la notion de solidarité »². Pourtant ce nouveau droit semble « trop flou, sa mise en œuvre trop complexe ; il met en cause trop d'intérêts privés à côté de l'intérêt public ; il risquerait parfois d'entrer en conflit avec des libertés fondamentales... »³ Il est reproché, aussi, à cette nouvelle famille de droits, de n'avoir pas un titulaire facile à déterminer, individu, collectivité nationale ou internationale. On retrouve également l'argument de l'imprécision textuelle rendant difficile son application⁴, ainsi que la difficulté d'organiser des sanctions⁵. Toutes ces critiques, on vient de le voir, se rencontraient déjà pour les droits de la deuxième génération. Or, une particularité des droits de la troisième génération, c'est qu'avant d'être reconnus constitutionnellement, ils ont connu une consécration internationale⁶, cette dernière entraînant chaque Etat signataire à l'adoption d'une législation interne les mettant en œuvre⁷. Ainsi, donc, ces nouveaux droits ont connu une pratique au niveau international et au niveau infra constitutionnel avant de connaître une consécration

¹ Karel VASAK, « Pour les droits de l'homme de la troisième génération : les droits de solidarité », Institut international des droits de l'homme, 1979 ; « Revisiter la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification », in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruylant, 1997, t. II, p. 1649-1680.

² Robert PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'homme », *RDP* 1981, p. 53.

³ *Ibidem*, p. 60.

⁴ Yves JEGOZO, « Quelques réflexions sur le projet de charte de l'environnement », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003.

⁵ Jean RIVERO, « Vers de nouveaux droits de l'homme », *Revue des Sciences morales et politiques*, n° 4, 1982, p. 673.

⁶ Principes de la conférence de Stockholm en 1972, conférence de Rio en 1992...

⁷ La loi du 16 juillet 1976 relative à la protection de la nature, la loi du 2 février 1995 dite « loi Barnier ».

constitutionnelle. Leur mise en application ne s'est certes pas faite dans la facilité, mais il n'en demeure pas moins qu'elle s'est faite. Il faut souligner aussi que le mouvement de constitutionnalisation de l'environnement à travers toute l'Europe est largement entamé, et la France est nettement en retard dans ce domaine¹. Dans cette application, de niveau constitutionnel cette fois, le droit de l'environnement a été précisé, ses débiteurs définis, et ses bénéficiaires connus. Ainsi le Conseil d'Etat grec, également juge constitutionnel, concilie depuis longtemps les droits fondamentaux avec le droit de l'environnement², et ce d'autant que l'environnement est le domaine «le plus familier de la jurisprudence constitutionnelle de la Haute Juridiction»³. Il est, d'ailleurs, de la volonté des rédacteurs de la charte de décrire au mieux les principes qui seront constitutionnalisés. Les nombreuses auditions de spécialistes, juristes, scientifiques, ainsi que les quatorze assises territoriales effectués par les dix-huit membres de la commission Coppens⁴, ont poursuivi cet objectif-là. De plus, il nous semble que si, comme nous venons de le voir, les droits de la deuxième génération ont permis une meilleure application des droits de la première génération, alors le phénomène est susceptible de se reproduire avec le droit de l'environnement et les principes qui le sous tendent. Le droit à un environnement sain ne prolonge-t-il pas le droit à la sûreté et à la santé ? De même, le développement durable ne met-il pas en œuvre le préambule de 1946

¹ Articles 9, 64 et 66 de la constitution du Portugal de 1976, article 24 de la constitution grecque de 1975, article 20a pour l'Allemagne, article 23 pour la Belgique, articles 45 et 53 pour l'Espagne, articles 2.2 et 20 pour la Finlande, articles 9, 32, 41 pour l'Italie, article 21 pour les Pays-Bas, article 2 pour la Suède. Seuls l'Irlande, le Danemark et le Luxembourg ne reconnaissent pas l'environnement dans leur constitution. Le Royaume-Uni étant une exception car il n'a pas de constitution écrite.

² Marie-Anne COHENDET, « Les effets de la réforme », *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial : « La charte constitutionnelle en débat », septembre 2003.

³ *Ann. Int. De Just. Const.*, chr. 1994, p. 564.

⁴ Commission chargée par le président de la République de rédiger le projet de charte après une consultation nationale.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

qui dispose que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ?

Ces nouveaux droits, aussi flous et imprécis qu'ils paraissent de prime abord, semblent autant nécessaires que les deux générations précédentes pour permettre à la démocratie d'évoluer et aux droits de l'homme d'être respectés. La liberté ne redeviendrait-elle pas purement formelle si n'étaient pas garantis juridiquement un environnement sain et un développement durable ? Cela ne signifie nullement que les droits de la première génération seraient atteints par une sorte de limite d'âge. Ils sont au contraire plus que jamais nécessaires à la démocratie. Cette dernière, et donc les droits de l'homme qui la soutiennent, nécessitent, pour être toujours efficaces, non pas un renouvellement, mais bien plutôt un complément, complément, qui comme pour le préambule de 1946, ne signifie pas hiérarchisation¹. Finalement, la charte n'est-elle tout simplement pas le symbole actuel de la conquête continue de la liberté² ?

La charte adoptée, de nombreux nouveaux droits vont apparaître dans le « bloc de constitutionnalité ». Si l'on ne doit pas craindre, nous semble-t-il, une hiérarchisation matérielle de la constitution³ qui n'a pas eu lieu avant, en revanche la cohabitation entre ces droits risque d'être plus problématique. En effet, la marge de manœuvre du juge constitutionnel, aussi bien définis que soient les principes consacrés, va être grande, comme sa responsabilité dans l'application concrète de ces normes. L'arbitrage constitutionnel de l'institution de la rue Montpensier va prendre proportionnellement de l'importance. Se rouvrira forcément le débat sur les réformes le concernant. D'ailleurs, de son côté, la Cour de Justice des Communautés

¹ Voir le préambule de la constitution de 1958 qui précise que le préambule de la constitution de 1946 confirme et complète la déclaration de 1789.

² Lise V. da C. TUPIASSU, *Tributação Ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais para a proteção do direito ao meio ambiente saudavel*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 298 p., p.45.

³ Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J, 2002, p. 472 ; Henry ROUSSILLON, *op. cit.*, p. 62 et s. ; Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2002, p. 130.

européennes¹ a déjà opéré des conciliations et des arbitrages incluant ces nouveaux droits, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme.²

Une des autres critiques formulées est l'extension continue de la notion de droit de l'homme qui rendrait inefficace leur protection. À force d'étendre la constitution à de nouveaux et nombreux objets différents, voire opposés, sa solennité pourrait être atteinte. Ce « pan constitutionnalisme » pourrait réduire la lisibilité du pacte fondamental de la nation. Or on le sait, le droit pour être efficace doit être connu par ses destinataires : « impossibili nulla obligatio »³. C'est ainsi que l'animal, nouvel objet du droit constitutionnel, pourrait semer le trouble dans le sommet de la hiérarchie des normes internes. Comme on vient de le montrer, il ne semble pas qu'une hiérarchisation matérielle explicite existe, pourtant l'entrée de l'animal pourrait rouvrir le débat sur la nécessité de hiérarchiser la constitution.

Quelle place faire à l'animal ? C'est la réponse à cette question qui conditionne la cohérence interne de la constitution. Jusqu'à présent les problèmes de conciliation portaient sur les droits de l'homme entre eux. Avec l'apparition de l'animal comme objet du droit constitutionnel, cela pourrait être vers une conciliation entre droits de l'homme et droits de l'animal que l'on se dirige⁴. Les tenants de l'écologie profonde et de la libération animale sont partisans d'une mise en balance concrète des droits de l'homme et des droits de la nature et des animaux. Ils estiment que la nature, comme les animaux, sont des sujets de droit à part entière. À ce titre, ils doivent pouvoir bénéficier de droits, comme l'homme, et ils doivent pouvoir aussi les

¹ CJCE 20 septembre 1988, commission contre Danemark : conciliation entre libre circulation des marchandises et principe de protection de l'environnement, *Recueil* 1988, p. 4689. CJCE 29 novembre 1996, commission contre R.F.A, droit à la sauvegarde de la vie humaine et directive sur la protection de l'habitat des oiseaux sauvages.

² CEDH 8 juillet 2003, Hatton, protection de l'environnement et intérêts économiques, n° 36022/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-VIII.

³ A l'impossible nul n'est tenu.

⁴ L'animal dans nos sociétés, p. 33 à 57, *op. cit.*

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

faire défendre. Cette défense peut impliquer la mise en balance des droits de l'homme et des animaux. Cette conciliation nécessaire, à leurs yeux, doit se faire sur un pied d'égalité. C'est-à-dire que l'homme ne jouira pas d'une supériorité quelconque. Il serait à égalité avec les animaux ou les éléments de la nature¹. C'est ce qui concrètement pousse, par exemple, des militants de ces mouvements à vouloir protéger des arbres qui gênent les décollages et atterrissage d'un aéroport, alors même qu'ils mettent en danger la vie d'êtres humains ! Pour eux, refuser aux animaux les droits que l'on accorde aux humains, c'est faire preuve de « spécisme ». Terme formé autour du concept de racisme appliqué au rapport entre espèces². Il s'agit, bien évidemment, d'une remise en question complète du modèle occidental, basé sur l'anthropocentrisme et l'humano centrisme. Remise en cause, notamment, de Bacon, Descartes.

Cette mise en balance des droits de l'homme et des droits de l'animal n'est juridiquement possible que si est reconnue aux animaux, ou du moins à certains, la personnalité juridique. Autrement dit, reconnaître les animaux comme sujets de droit pourrait entraîner ce « rééquilibrage » des droits en faveur de l'animal. En matière constitutionnelle, il semble que, pour l'instant, comme pour l'ensemble du droit français³, l'animal reste un simple objet de droit. De plus cet objet de droit, on l'a vu, reste incomplet et n'est constitutionnel que par ricochet. Il y a donc, en l'état actuel du droit constitutionnel, peu de chance de voir mis en balance des droits humains avec des droits de l'animalité. Ce qui traduit finalement assez correctement la volonté des constituants de former un pacte social empreint d'humanisme, humanisme qui s'interprète de manière anthropocentrique mais qui n'écarte pas la pitié envers les animaux, si elle se justifie.

¹ Georges CHAPOUTIER, *op. cit.*

² Françoise BURGAT, *op. cit.*

³ Voir *supra* les éléments du débat doctrinal à ce sujet dans les notes de bas de pages n° 19 et n° 20.

B - La protection formelle de l'animal par la charte de l'environnement

Le débat autour de la reconnaissance du droit de l'environnement comme droit de l'homme se traduit aussi par la place qu'on a voulu lui donner dans l'édifice juridique français. Si la formalisation a été longue, des projets existaient depuis longtemps.

La reconnaissance formelle de l'environnement et de l'animal comme objets du droit constitutionnel a des conséquences sur sa protection qui ne sont pas toutes positives.

1 - La place discutée de l'environnement dans la hiérarchie des normes internes

La place reconnue à l'environnement dans la hiérarchie des normes conditionne ses effets. Son influence, son impact sur le droit ne seraient évidemment pas les mêmes si la charte n'avait pas obtenu valeur constitutionnelle. De fait, l'animal va voir sa protection varier selon la place dévolue à l'environnement dans la hiérarchie des normes.

La demande politique en matière environnementale est « un vieux serpent de mer » de la cinquième république. En effet, le président Pompidou, dès le 28 février 1970, dans une déclaration à Chicago, proposait de créer des normes environnementales que l'Etat, les collectivités et les individus auraient à respecter¹.

On peut classer les propositions formulées suivant leur place dans le « bloc de constitutionnalité ».

La majorité des propositions visaient à modifier le préambule de la constitution. Position somme toute conforme à la tradition constitutionnelle française faisant des préambules les réceptacles des déclarations de droits, et parfois de devoirs². C'est la solution retenue par Jean Lecanuet, alors garde des sceaux, en janvier 1976, par

¹ Michel PRIEUR, « L'importance de la réforme constitutionnelle », *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial : « La charte constitutionnelle en débat », septembre 2003.

² Yves JEGOUZO, *op. cit.*

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

Laurent Fabius en 1989, par Ségolène Royal en 1995 et par Roselyne Bachelot-Narquin en 2000.

D'autres propositions étaient en revanche favorables à l'insertion d'un nouvel article dans le corps même de la constitution. C'est le cas de la mission interministérielle pour la célébration du cinquantième anniversaire de la déclaration universelle des droits de l'homme en 1998. Ce fut aussi le cas de la proposition de loi constitutionnelle de Christine Boutin, en 2003. Michel Barnier, en 1990, avait, lui, offert de réformer le domaine de la loi prévu à l'article 34.

D'autres suggestions avaient pour finalité l'ajout d'un texte au « bloc de constitutionnalité ». Ainsi Edgar Faure avait inscrit la préoccupation environnementale dans le cadre d'une déclaration des nouveaux droits en 1977. Noël Mamère a eu une démarche identique en 1997, en proposant d'ajouter un titre II à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Enfin, Edouard Balladur, durant la campagne présidentielle de 1995, s'était engagé, s'il était élu, à inscrire le droit de l'environnement dans la constitution.

La charte adoptée, le droit de l'environnement devra sa consécration constitutionnelle au président de la République, ce dernier ayant plusieurs fois souligné la nécessité de reconnaître le droit à l'environnement comme une liberté publique¹. Pourtant, encore une fois la discussion a eu lieu au sein de la commission Coppens pour savoir quelle forme donner au droit de l'environnement. Trois hypothèses ont retenu l'attention des experts.

La première possibilité aurait consisté à reconnaître dans la constitution un droit à l'environnement. La charte aurait simplement servi d'exposé des motifs, dépourvu de toute valeur juridique. Elle aurait été simplement susceptible d'inspirer les juges en charge de mettre en œuvre ce nouveau droit. Cette option fût jugée trop modeste par rapport à l'attente publique.

L'autre possibilité étudiée aurait consisté à donner à la charte la forme d'une loi organique, à laquelle aurait renvoyé une mention de nature constitutionnelle. L'avantage aurait été de pouvoir préciser les

¹ Discours d'Orléans du 3 mai 2001, discours d'Avranches du 18 mars 2002.

principes du droit de l'environnement sans crainte de la concision nécessaire à la rédaction d'un texte constitutionnel. Mais pour des motifs plus politiques, notamment une adoption en deux temps peu visible, cette voie a aussi été écartée¹.

Le choix s'est donc porté sur une charte « adossée » à la constitution. Ce choix est original à plusieurs égards² par rapport « au modèle classique constitutionnel français ». C'est la première fois, en effet, que le pouvoir constituant a adopté un texte ne complétant pas un des éléments du « bloc de constitutionnalité ». De plus, il s'agit de la première loi constitutionnelle détachée du texte même de la constitution³.

La charte prête aussi le flanc à critique du fait de sa longueur, longueur qui participerait au bavardage du droit actuel⁴. Pourtant on peut souligner que la précision d'un texte, surtout en matière constitutionnelle, est une garantie nécessaire à la démocratie par les limitations d'interprétation qu'elle induit pour le juge chargé de le faire appliquer⁵.

Si, après tant d'hésitations, le temps est venu de la reconnaissance explicite de l'environnement par le pouvoir constituant, c'est qu'il ne pouvait en être autrement. Le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître l'existence d'un droit constitutionnel à l'environnement⁶. Même s'il prend en compte des considérations environnementales

¹ Yves JEGOUZO, *op. cit.*

² *Idem.*

³ Guillaume DRAGO, « Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement », *AJDA*, n° 3, 2004, p. 133.

⁴ Rapport du Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1991.

⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème édition, trad. Ch. EISENMANN, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1999, 367 p.

⁶ Décision n°90-277 DC du 25 juillet 1990, *Rec.* p. 70 ; *RJC* p. I-406 ; J.C. DOUENCE, « L'exécution des lois dans les départements d'outre-mer », *R.F.D.A.* 1991, p. 345 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *R.F.D.C.* 1990, p. 729 ; P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs* 1991 (56).

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

dans sa jurisprudence¹. Pourtant des dispositions auraient pu permettre cette reconnaissance jurisprudentielle². Les neuf sages auraient pu s'appuyer sur les articles 10, 11 et 12 du préambule de la constitution de 1946, qui consacrent le droit au développement, à la santé etc. Les Cours constitutionnelles étrangères ont, d'ailleurs, tiré parti de telles dispositions pour consacrer l'environnement³ comme droit constitutionnel.

Au-delà de cette « rationalisation du droit de l'environnement par la norme constitutionnelle », la constitutionnalisation permet, et c'est notre sujet, de donner un nouvel objet au droit constitutionnel⁴. Une consécration jurisprudentielle n'aurait pas permis de préciser autant les principes de la protection de l'environnement. Or, l'animal, objet indirect, rentre dans la sphère constitutionnelle par ces principes⁵. De même, la voie de la législation organique n'aurait pas non plus pu élever l'animal au rang de nouvel objet constitutionnel. Seule une constitutionnalisation large et précise de l'environnement permet à l'animal d'infiltrer, même partiellement, un nouveau champ du droit. Seule cette constitutionnalisation permet aussi à l'animal d'espérer l'amélioration de sa protection. Mais dans quelle proportion ?

2 - Une constitutionnalisation de l'animal à l'impact limité ?

¹ Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Rec.* p. 201 ; D. RIBES, « Principe d'égalité », *Dalloz* 2001 (23), p. 1842-1843 ; A. PELLET, *R.D.P.* 2001 (3), p. 24-26 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2001 (10), p. 12-14 ; L. PHILIP, *R.F.D.C.* 2001 (45), p. 140-145.

² Philippe BILLET, « La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial, 2003.

³ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Joseph PINI, « Constitution et droit de l'environnement », *Juris-classeur environnement*, fascicule 152.

⁴ Michel Prieur, « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003.

⁵ Voir *supra*, I, A, les raisons de ce lien entre principes environnementaux et droit de l'animal.

De prime abord, l'apparition d'un nouvel objet dans la sphère constitutionnelle devrait symboliser l'effectivité maximale de la protection de cet objet. Pourtant, après réflexion, des incertitudes demeurent sur le réel impact de cette réforme, aussi bien pour l'environnement en général que pour l'animal en particulier. L'introduction, dans le préambule de la constitution, d'un renvoi à la charte de l'environnement lui permet d'avoir pleine valeur juridique¹. Ainsi une troisième génération de droits de l'homme voit le jour dans la constitution. Cette proclamation solennelle permet de montrer l'attachement du peuple français à la protection de l'environnement. Il est d'ailleurs regrettable que la voie référendaire pour donner « l'onction constitutionnelle » ait été écartée au profit du Congrès. Ce qui n'est de plus pas conforme à son énoncé². De même le moment de l'adoption, en même temps que la révision constitutionnelle relative au traité constitutionnelle européen, nuit à l'impact symbolique de la réforme noyée dans le débat européen.

La charte constitutionnalisée, placée au sommet de la hiérarchie des normes, sera protégée des majorités politiques passagères par une procédure de révision plus lourde que celle de la loi ordinaire.

Cette place permet aussi d'assurer, si le Conseil constitutionnel est saisi, le contrôle de constitutionnalité des traités et accords internationaux par rapport au droit de l'environnement et au droit de l'animal, ces pactes ne pouvant être ratifiés s'ils sont contraires à la constitution³. La constitutionnalisation assure aussi une protection contre la dénonciation qui peut affecter les traités où est défendu l'animal.

De plus, bien sûr, la constitutionnalisation permet au Conseil constitutionnel d'avoir le droit de l'environnement comme norme de référence lorsqu'il effectue son contrôle *a priori*. Ainsi, il pourra « charger en constitutionnalité environnementale » les lois qui seront soumises à son expertise. L'animal bénéficiant alors de cette action

¹ Décision 44 DC du Conseil constitutionnel datée du 16 juillet 1971, *op. cit.*

² L'article 2 de la charte est ainsi rédigé : « Le Peuple français, considérant... »

³ Articles 54 et 61 de la constitution de 1958.

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

préventive par le respect de la protection accordée indirectement par la charte.

Pourtant, l'analyse du contenu de la charte peut permettre de se poser la question de savoir si cette consécration ne traduit plutôt pas un recul du droit de l'environnement, et par-là le recul de la protection de l'animal par rapport au droit international et communautaire. Quand on compare certains principes constitutionnalisés et ceux consacrés par les accords internationaux, le doute est permis sur la portée réelle de la charte.

Le principe de précaution, dont on a vu l'importance pour l'animal¹, peut, comparativement au droit communautaire², passer pour nettement en retrait³. Il ne s'impose qu'aux personnes publiques, alors que pour le droit communautaire il s'impose aussi aux personnes privées. Il peut donc, dans ce dernier cas, entraîner la responsabilité de personnes privées. Il devient, dès lors, justiciable entre particuliers, élément intéressant, qui permet un plus large volant d'actions possibles pour assurer la protection de l'animal par rapport à la charte. Celle-ci impose aussi des dommages graves et irréversibles, où le droit communautaire ne recherche que des atteintes graves ou irréversibles. A ces dissemblances, on pourrait ajouter les différentes interprétations du droit de l'environnement par la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

Or, ces contradictions de la norme constitutionnelle avec le droit international et communautaire ne vont pas sans poser des problèmes pratiques. En effet, la constitution française ne reconnaît la supériorité

¹ Voir *supra* I, B, 2, l'apport de ce principe au nouvel objet constitutionnel qu'est l'animal.

² Article 174 du traité de l'Union européenne.

³ CJCE, 13 novembre 1990 « Fedesa », affaire C-381/88 ; CJCE, 24 novembre 1993 « Armand Mondiet contre armement Islais », affaire C-405/92, I, p. 6133, concl. C. GULMAN ; CJCE, 21 mars 2000 « Association Greenpeace contre France », affaire C-6/99.

⁴ CEDH, 09 décembre 1994 « Lopez Ostra contre Espagne », A303-C ; CEDH, 19 février 1998 « Guerra et autres contre Italie », *Recueil* 1998-I ; CEDH 18 juin 2002 « Öneriyildiz contre Turquie », requête n° 48939/99.

des conventions internationales que sur les normes législatives¹. Cette supériorité ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de valeur constitutionnelle². Cela veut concrètement dire que les particuliers ne peuvent invoquer la violation par un acte d'une convention internationale devant les juridictions ordinaires lorsque cet acte est l'application directe de la constitution. Ainsi tout acte contraire aux conventions internationales relatives aux droits de l'animal mais qui appliquerait directement la constitution et, en l'espèce, c'est elle qui nous intéresse, la charte de l'environnement, ne serait pas écarté par les juridictions ordinaires. Cet « écran constitutionnel »³ ne bénéficiera donc pas, dans ce cas précis, au droit de l'environnement et à l'animal, qui connaît, pourtant, une protection internationale plus adaptée à ses caractéristiques. Les conventions internationales reconnaissent la diversité animale, en partie seulement, mais toujours plus que le droit consacré par la charte, et à cette diversité répond une législation internationale et communautaire adaptée⁴. Une jurisprudence récente du Conseil

¹ Article 55 de la constitution de 1958.

² CE Ass., 30 octobre 1998 « Sarran », *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2003, p. 789 ; *R.F.D.A.* 1998.1081, concl. C. MOGUE, note ALLAND et 199.57, note DUBOUIS, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, O. GOHIN ; *A.J.* 1998.962, chr. RAYNAUD et FOMBEUR ; *Europe* mars 1999, p. 4 note SIMON ; *D.* 2000.153, note AUBIN ; *R.D.P.* 1999-919, note FLAUSS ; *L.P.A.* 23 juillet 1999, note AUBIN ; *J.D.I.* 1999-675, note DEHAUSSY ; CC Ass. Plen., 2 juin 2000 « Mlle Fraisse », *Bulletin* 2000 Apn° 4, p. 7 ; *La Semaine Juridique* 2001-01-10, n° 2, p. 73, note A.C. de FOUCAULD ; *R.D.P.* 2000-1037, note Prétot ; *Europe* août-septembre 2000, p. 3, note SIMON ; *R.G.D.I.P.* 2000, note JAN ; *Gaz. Pal.* 24-28 déc. 2000, note FLAUSS ; *J.C.P.* 2001.II.10454, note de FOUCAULD.

³ C. MAUGÛE, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, n° 105, 2002, p. 53-71.

⁴ Convention européenne sur la protection des animaux dans les élevages du 10 mars 1976, convention européenne sur la protection des animaux d'abattage du 10 mai 1979, convention européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987, directive du 24 novembre 1986 relative à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales,

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

constitutionnel, discutée par la doctrine¹, pourrait amener à relativiser, en partie seulement, ces critiques. En effet, celui-ci a indiqué que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle² à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la constitution »³. Par cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité des lois de transposition lorsqu'elles mettent en œuvre *les dispositions inconditionnelles et précises* d'une directive et lorsque celle-ci n'est pas contraire à des *dispositions expresses propres* à la constitution française.

directive du 19 novembre 1991 relative au bien-être des animaux durant leur transport...

¹ Voir, notamment, P. CASSIA, « Le véritable sens de la décision n°2004-496 du Conseil constitutionnel », *Actualité juridique du droit administratif*, 12 juillet 2004, p. 1385 ; M. VERPEAUX, « Révolution, constat et verrou », *Actualité juridique du droit administratif*, 26 juillet 2004, p. 1497 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la constitution », p. 912 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », p. 989 ; J.-P. CAMBY, « Le droit communautaire est-il soluble dans la constitution ? » ; H. OBERDORFF, « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle », *Revue de droit public*, n° 4-2004 ; S. MOUTON, « Constitution et pouvoirs publics. Une jurisprudence pour attendre », *Recueil Dalloz*, 20 janvier 2005, n° 3, p. 199-204 ; M. BERTRAND, « Le Conseil constitutionnel conforte la constitution européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *Dalloz* 2004 (25), p. 1739-1740 ; Hubert ALCARAZ, *R.F.D.C.* 2004 (60), p. 804-808.

² Article 88-1 de la constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. »

³ Décision n°2004-496, du 10 juin 2004, « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » *Recueil*, p. 101 ; décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 ; « loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuel », *Recueil*, p. 107 ; décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 ; « loi relative à la bioéthique », *Recueil*, p. 122 ; décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; « loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *Recueil*, p. 126.

Ainsi, le Conseil constitutionnel opère une distinction entre le droit international et le droit communautaire et européen dont il reconnaît le particularisme. Si les neuf sages maintiennent encore (mais jusqu'à quand par rapport au droit communautaire ?¹) leur refus de contrôler la conventionalité des lois en vertu de l'article 61 de la constitution², en revanche ils acceptent, en invoquant l'article 88-1 de la constitution, la singularité de l'intégration communautaire. En revanche, le Conseil constitutionnel se réserve le droit de faire prévaloir, et c'est le rôle que lui a conféré le constituant de 1958, la constitution sur toute norme internationale, serait-elle communautaire, si celle-ci est contraire à une disposition *expresse* de la constitution. Or, on vient d'y consacrer notre développement, l'animal n'est consacré que de manière indirecte par la charte de l'environnement, il n'existe pas de dispositions *expresses* le concernant directement. On pourrait donc en conclure que le droit communautaire, précis et inconditionnel, prévaudra, tant qu'il assurera une protection plus efficace de l'animal. Seul le droit international non communautaire sera écarté en ce domaine. Il nous semble que la situation risque d'être plus problématique pour l'environnement lui-même. La charte, en effet, consacre *expressément* des droits constitutionnels qui, on l'a vu, peuvent entrer en conflit avec les normes communautaires. Le Conseil constitutionnel risque en conséquence de sanctionner des normes plus protectrices de l'environnement et de l'animal³.

¹ En effet, la reconnaissance du particularisme du droit communautaire pourrait permettre au Conseil constitutionnel de rompre, en partie, sa jurisprudence « I.V.G. » et de contrôler la correcte transposition des directives communautaires par le législateur français en se fondant sur une obligation constitutionnelle posée par l'article 88.1 de la constitution.

² Décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, « Interruption volontaire de grossesse », *op. cit.*

³ Le Conseil constitutionnel a utilisé la charte de l'environnement comme norme de référence dans le contentieux électoral pour la première fois dans une décision du 24 mars 2005, requête de M.S. Hauchemaille et M. A. Meyet, *J.O.* 31 mars 2005, p. 5834. Commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005 ; J.-E. SCHOETTEL, « Contentieux des décrets

L'animal, futur objet du droit constitutionnel

La dernière limite à l'efficacité de la charte est celle du contrôle de constitutionnalité lui-même. Malgré plusieurs tentatives¹, et un premier élargissement réussi², la saisine du gardien de la constitution reste fermée à tous les citoyens, y compris les justiciables. Sont alors forcément réduites les possibilités d'agir pour faire respecter la charte et pour constitutionnaliser l'ordre juridique français avec le nouvel objet du droit constitutionnel qu'est l'animal. Malgré ses défauts, portant aussi bien sur sa valeur que sur sa portée réelle, il est indéniable que la charte est le symbole philosophique, juridique et politique d'une évolution majeure dans notre pays.

relatifs au référendum », *Les Petites Affiches*, 25 avril 2005 ; S. BRONDEL, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas incompatible avec la Charte de l'environnement », *A.J.D.A.*, 2005 (13), p. 692 (brève). Pour ce qui est du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel s'est appuyé, pour la première fois, sur la charte de l'environnement (article 6 relatif au développement durable) dans la décision n° 2005-514 du 28 avril 2005, *J.O.* du 4 mai 2005, p. 7702. Commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005 ; *A.J.D.A.*, 2005 (18), p. 975 (brève) ; « La création du Registre international français conforme à la Constitution », *Liaisons sociales/quotidien*, 10 mai 2005 (14377), p. 1.

¹ Dont le projet de 1990 d'instaurer une « exception d'inconstitutionnalité » ouverte aux justiciables.

² Révision constitutionnelle de 1974 ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou à 60 sénateurs.

DEUXIEME PARTIE

**LA DÉCENTRALISATION, OBJET RENOUVELÉ
DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE COMME NOUVEL OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**par Jacques Viguié,
professeur à l'Université des sciences sociales
de Toulouse**

Le principe de subsidiarité, qui a fait une entrée remarquée à la fin du XXe siècle dans le droit communautaire, accède aujourd'hui au plus haut niveau normatif de l'Etat français avec son introduction dans la constitution de 1958.

Ce principe a trouvé son lieu de prédilection dans le fédéralisme. Il nécessite en effet une acceptation par l'Etat de la place et des revendications des entités secondaires territoriales. Le principe de subsidiarité permet en effet que s'engage une discussion quasiment d'égal à égal, ou tout au moins respectueuse de chacun, entre échelon central et échelon territorial. Il ne correspond pas à la logique intrinsèque d'un Etat-nation à caractère centralisateur et démocratique. De ce fait il est totalement étranger à la tradition constitutionnelle et politico-administrative française, dans laquelle le pouvoir central peut accorder certaines compétences aux collectivités territoriales, mais en les transmettant selon son bon vouloir, principalement à travers la loi.

C'est donc de manière totalement inattendue et en rupture avec cette tradition française que la constitution de 1958 a intégré comme nouvel élément le principe de subsidiarité depuis la révision effectuée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Le terme même de « subsidiarité » n'est pas utilisé par la constitution, mais la réalité est maintenant présente dans l'article 72 alinéa deux : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des

compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

L'intégration du principe de subsidiarité à la constitution de 1958 en fait de manière indiscutable un nouvel objet de droit constitutionnel (I), mais ce nouvel objet a un statut incertain (II).

I - Le principe de subsidiarité est devenu incontestablement un nouvel objet du droit constitutionnel

Certains éléments annonçaient cette intégration dans la constitution du principe de subsidiarité, qui apparaît réellement comme un tournant de notre droit public.

A - La lente marche du principe de subsidiarité vers l'échelon constitutionnel

L'influence de la logique fédérale sur l'ensemble des Etats européens est incontestable. A force de voir évoquer ce principe de manière très régulière au cours des dernières décennies du XXe siècle, les autorités politiques françaises ont fini par s'y intéresser.

Il apparaît déjà en filigrane dans certains textes. Ainsi, dans la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, plusieurs articles, certes sans aller jusqu'à appliquer le principe de subsidiarité, tournent autour de celui-ci. Pour n'en retenir qu'un seul, on peut citer l'article 3 : « La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions ». Cette idée de répartition des compétences par bloc, qui a inspiré l'ensemble de la loi, sans qu'elle arrive à la réaliser –peut-être justement à cause de l'incapacité de l'Etat unitaire à s'adapter à une nouvelle conception– est très proche de l'idée de subsidiarité.

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

La loi n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, présente même une originalité absolue, complètement contradictoire avec l'ordre juridique traditionnel français, celle d'appliquer le principe de subsidiarité à l'échelon déconcentré. L'article 2 de cette loi dispose en effet : « Sont confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu d'une loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial ». Cet article sera d'ailleurs abrogé par le décret n° 97-463 du 9 mai 1997, qui ajoutera simultanément au décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992, portant charte de la déconcentration, un article 1^{er}-1 reprenant à peu près les mêmes dispositions. Appliquer au niveau législatif à un Etat français de tradition si centralisatrice un principe en usage dans les Etats fédéraux, cela dépassait à ce moment-là les limites de la réforme acceptable.

Après ces tentatives pour faire apparaître le principe dans l'organisation administrative française, la révision de 2003 l'intègre dans la constitution.

B - L'importance de l'intégration du principe de subsidiarité à l'échelon constitutionnel

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 opère une refonte des dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales. Cette loi est relative à « l'organisation décentralisée de la République ». Son article premier dispose : « L'article 1^{er} de la constitution est complété par une phrase ainsi rédigée : « Son organisation est décentralisée ». » .

Il aurait été facile d'inclure dans le début du titre consacré aux collectivités territoriales, par exemple dans les premières lignes de l'article 72, le terme « décentralisation » ou « décentralisé ». Cela n'a pas été fait. Les rédacteurs du texte ont voulu cette position au début de la constitution, alors que le Conseil d'Etat était de son côté hostile à l'idée même d'introduire le terme dans la norme suprême de l'Etat.

Placer la décentralisation dans l'article premier de la constitution de 1958, c'est la mettre sur le même plan que « la République

Jacques Viguier

indivisible, laïque, démocratique et sociale » et que « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». C'est faire de la décentralisation un élément fondamental à respecter, un des piliers de la République.

L'analyse du nouveau titre XII introduit dans la constitution de 1958 par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 exigerait un livre entier pour en préciser tous les contours et toutes les subtilités. Vu le caractère très limité de cette étude, seul l'article 72 sera évoqué. Le nouvel article 72 double le nombre de ses alinéas par rapport à l'ancien, passant de trois à six. Le dernier alinéa est le moins touché ; il prévoit le rôle du représentant de l'Etat par rapport aux collectivités territoriales et à leur contrôle. L'alinéa premier énumère, comme précédemment, les collectivités territoriales, en modifiant quelque peu la liste ancienne, avec notamment l'introduction de la région et des collectivités à statut particulier. L'ancien alinéa deux est totalement chamboulé. Il prévoyait que « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi », ce qui est repris dans le nouvel alinéa trois avec l'ajout important relatif au fait qu'elles « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». L'élément le plus révélateur de la rupture avec la logique classique figure dans le nouvel alinéa deux : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». C'est l'élément qui nous intéresse plus particulièrement ici, c'est-à-dire l'introduction du principe de subsidiarité dans la constitution. Il s'agit bien de donner des moyens de garantie constitutionnelle aux collectivités territoriales contre l'Etat et non plus, comme autrefois, de laisser l'Etat maître du jeu par ses lois. Et, justement, l'alinéa quatre donne immédiatement aux collectivités territoriales le moyen d'échapper à l'autorité de l'Etat-Nation et à l'uniformité imposée de sa règle. Elles peuvent « déroger à titre expérimental [...] aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Dans l'alinéa cinq, le pouvoir constituant essaie de se protéger contre ses propres excès. En effet, en faisant de l'organisation décentralisée un

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

principe constitutionnel, il risquait de retirer au législateur le pouvoir d'organiser les rapports entre les collectivités territoriales et, ainsi, d'entraîner une certaine anarchie dans leurs rapports et une tentative de domination de certaines collectivités sur d'autres. Aussi cet alinéa prévoit-il qu' « aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ».

La loi constitutionnelle introduit après l'article 72 de nouveaux articles importants pour le développement de la démocratie locale, pour l'accroissement de l'autonomie financière des collectivités territoriales -dont on pouvait effectivement douter, en s'appuyant sur une définition stricte de celle-ci-, et pour l'avenir de l'outremer. Mais, encore une fois, malgré leur intérêt, ils ne sont pas au centre du débat ici. Ce qui est fondamental, c'est l'apport essentiel de l'alinéa deux de l'article 72, qui introduit le principe de subsidiarité au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes. Cependant, s'il est devenu incontestablement un nouvel objet du droit constitutionnel, son statut exact semble incertain.

II - Le principe de subsidiarité est devenu un nouvel objet du droit constitutionnel au statut incertain

Si la présence du principe de subsidiarité à l'échelon constitutionnel est indiscutable, ce qui est en revanche discutable, ce sont certaines remarques présentées au moment de la discussion et de l'adoption du projet. Elles sont discutables à cause de l'incertitude créée sur la nature ainsi que sur le contenu et la portée du principe.

A - L'incertitude sur la nature du principe

La France était depuis la Révolution un Etat unitaire dans lequel la compétence de principe appartenait à l'Etat et où les collectivités territoriales bénéficiaient d'une compétence d'attribution dans la limite de ce que le législateur voulait bien leur accorder. La décentralisation y était un principe d'organisation administrative comme la déconcentration. Aujourd'hui apparaît une nouvelle conception de l'organisation territoriale, dans laquelle la

Jacques Viguier

décentralisation est en quelque sorte protégée contre les risques d'empiétement dus à l'Etat grâce au principe de subsidiarité.

L'incertitude apparaît sur la nature exacte de ce principe, en particulier à cause de la formulation étrange utilisée dans l'exposé des motifs précédant le projet de loi constitutionnelle. Voilà ce qui y figure à propos du deuxième alinéa de l'article 72 : « Le principe de décentralisation étant inscrit à l'article 1^{er} de la constitution, il apparaît souhaitable d'en définir la teneur et la portée. Tel est l'objet du deuxième alinéa de l'article 72, qui dispose que les collectivités territoriales ont vocation à exercer l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à l'échelle de leur ressort. Traçant une ligne de partage, dans le domaine administratif, entre l'action des services de l'Etat et celle des collectivités territoriales, ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle permettra de transposer dans un Etat restant unitaire la préoccupation qu'exprime, en droit communautaire, le principe de subsidiarité ».

Le gouvernement déciderait donc de la création des objectifs à valeur constitutionnelle. Le fait que les collectivités territoriales aient vocation à exercer les compétences qu'elles peuvent le mieux mettre en œuvre « à l'échelle de leur ressort » constituerait, selon lui, un nouvel objectif à valeur constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel, vraisemblablement irrité que le gouvernement instruisse les dossiers à sa place, ne se pressera pas d'intégrer à sa jurisprudence.

Tout n'est pas aussi simple que l'affirme l'exposé des motifs. Pour le moment, l'organisation décentralisée de la République figure dans la constitution française. Peut-on décider pour autant, comme le prétend le gouvernement, que naît alors un « principe de décentralisation » ? Il y aurait donc un Etat restant unitaire avec un principe clairement affirmé depuis près de vingt-cinq ans, celui de libre administration du territoire, auquel s'ajouterait par la volonté du gouvernement un principe de décentralisation. Il est dommage que le gouvernement ne précise pas si ces deux principes ont le même contenu ou divergent sur certains points. Le juge constitutionnel et la doctrine -qui se querellent parfois sur la complémentarité ou la

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

distinction entre libre administration et décentralisation–apprécieraient que le gouvernement apporte enfin la vérité juridique qui manquait.

S'il peut subsister une hésitation sur le principe de décentralisation, il n'y en a visiblement aucune pour le gouvernement sur le statut de nouvel objectif à valeur constitutionnelle de ce que l'on pourrait définir comme l'attribution préférentielle de certaines compétences aux collectivités locales. La difficulté apparaît immédiatement : s'agit-il de compétences naturelles, qu'elles doivent exercer en permanence –et qu'elles auraient pu ou dû alors exercer antérieurement–, ou s'agit-il de compétences affectées pour un temps donné et susceptibles d'être retirées ensuite, quand l'Etat en ressentira la nécessité ?

C'est déjà s'engager sur le terrain du contenu et de la portée du principe.

B - L'incertitude sur le contenu et la portée du principe

Le gouvernement a déjà une idée au moins partielle du contenu et de la portée de ce qu'il qualifie de nouvel objectif à valeur constitutionnelle. C'est du moins ce qu'il montre dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle : « La poursuite de cet objectif sera facilitée par la possibilité désormais ouverte par l'article 37-1, puisque les expérimentations prévues par cet article permettront de déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de telle ou telle compétence ». Le gouvernement estime donc qu'il faudra avoir recours à des expérimentations législatives et réglementaires, afin de déterminer les actions qui seraient le mieux mises en œuvre à l'échelon territorial.

La loi semble donc demeurer l'instrument privilégié d'affectation des compétences et de réalisation du principe de subsidiarité, afin de permettre aux collectivités territoriales de « prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». La constitution elle-même ne contient pas une liste de compétences susceptibles d'être exercées par les collectivités territoriales.

Jacques Viguier

Or fixer une répartition des compétences à l'échelon constitutionnel est pour les situations de fédéralisme un préalable à l'application du principe de subsidiarité. Dans le cas français, la particularité du principe de subsidiarité, c'est de correspondre à une conception très spéciale, selon laquelle la constitution n'opère pas de répartition initiale des compétences. C'est ainsi que notre jacobinisme centralisateur traditionnel resurgit, alors même qu'on veut le repousser. Pourtant le principe de subsidiarité s'appliquerait d'autant plus parfaitement que les principales compétences de l'Etat et des collectivités territoriales auraient été précisées. Il ne permettra pas, par une opération miraculeuse, de régler l'ensemble des difficultés relatives à la répartition des compétences en droit public français.

Il ne faut pas reculer devant une lapalissade, lorsqu'elle peut être éclairante : le principe de subsidiarité est relatif aux compétences subsidiaires, c'est-à-dire à certaines compétences résiduelles, et ne constitue pas en lui-même une clé de répartition des compétences. Les gouvernants, parlementaires ou ministres, lorsqu'ils utilisent ce terme, semblent parfois vouloir en faire la panacée. Quand les rédacteurs de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle estiment que ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle permettra de tracer « une ligne de partage [...] entre l'action des services de l'Etat et celle des collectivités territoriales », ils lui donnent une valeur quasi-magique que celui-ci est loin de posséder.

Le principe de subsidiarité est le complément d'une répartition des compétences et non le principe sur lequel se fonde cette répartition. Il comprendrait au moins deux aspects importants qu'il n'est pas inutile de souligner : d'une part, c'est un moyen plus qu'un principe ; d'autre part, il intervient à titre secondaire et non pas à titre principal. Il suffit de s'arrêter un instant sur son utilisation au niveau européen pour en comprendre le contenu et la portée. Le traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992 et le projet de constitution de l'Union européenne, tel qu'il a été adopté par une conférence intergouvernementale contiennent quasiment la même formulation.

C'est le titre III sur « les compétences de l'Union », dans la Partie I du projet de constitution européenne qui donne la formulation la plus

La subsidiarité, nouvel objet du droit constitutionnel

éclairante. Selon l'article I-9, « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences [...] En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres tant au niveau central qu'au niveau régional et local mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Ainsi le principe de subsidiarité peut produire d'autant mieux ses effets qu'une répartition initiale des compétences a été effectuée. Or la vision que la classe politique des différents Etats de l'Europe, et notamment de la France, semble avoir, c'est que celui qui crie plus fort réussit à obtenir gain de cause. Certes il y a malheureusement une part de vérité sur ce point. Mais là où les gouvernants commettent une grave erreur, c'est en croyant que ce combat permanent peut remplacer une répartition des compétences entre Etat et collectivités territoriales secondaires. Une telle répartition, même sommaire, des compétences est nécessaire pour une mise en application concrète cohérente du principe de subsidiarité.

Le principe de décentralisation et le principe de subsidiarité, si tant est qu'ils existent réellement sous cette appellation, pourraient donc être opposés ou complémentaires. Le Conseil constitutionnel aura certainement l'occasion de se prononcer sur ce point.

Ce nouvel objet de droit constitutionnel, qu'est le principe de subsidiarité, ne règle pas en soi tous les problèmes. Ce serait fausser son importance et le rendre inapplicable que de croire qu'il constitue une solution miracle, alors qu'il n'est en réalité qu'un simple moyen.

LA RÉVISION DU 28 MARS 2003 ET LA MUTATION STATUTAIRE EN OUTRE-MER : UN NOUVEL OBJET CACHÉ DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**par Hélène Simonian-Gineste,
maître de conférences de droit public à l'Université
des sciences sociales de Toulouse**

Depuis 1946, les bases du régime juridique des collectivités d'outre-mer sont fixées par la constitution comme c'est le cas pour les collectivités territoriales métropolitaines décentralisées¹. Cette insertion de la question ultra-marine dans la constitution concrétise la volonté manifestée depuis la IV^e République d'établir avec l'outre-mer des relations fondées sur « l'égalité des droits et des devoirs sans distinction de race ni de religion »².

Ainsi, comme pour les collectivités décentralisées du territoire métropolitain³, l'organisation institutionnelle de l'outre-mer est constitutionnellement réglée. Les démarches du constituant de 1946 et de 1958 sont comparables. Un cadre général est d'abord défini : c'est l'Union française en 1946 ; c'est la Communauté française en 1958.

¹ Auparavant, le régime colonial échappait aux prescriptions constitutionnelles en vertu d'un principe posé dès 1791 et tacitement reconduit ultérieurement : « Les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique ne sont pas comprises dans la présente constitution », titre VII, art. 8 al. 2 de la constitution du 3 septembre 1791.

² Préambule de la constitution de 1946.

³ Le terme de « France métropolitaine » était employé par l'article 60 C. 1946. Mais la constitution de 1958 avait en revanche supprimé toute référence à la « métropole » de sorte que certains juristes éprouaient des scrupules à utiliser le terme et pensait devoir le justifier. Ils expliquaient que *la métropole* désignait l'Etat dans ses relations avec ses territoires éloignés géographiquement et n'avait pas de consonance coloniale. La révision du 28 mars 2003 a réintroduit le terme (art. 74-1) et mis fin ainsi à cet embarras.

Puis les catégories de collectivités territoriales particulières à l'outre-mer sont établies.

L'Union française et la Communauté ayant échoué en pratique, de toutes leurs composantes¹ il n'est resté d'effectif (jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003) que les deux catégories de base créées en 1946 et reprises en 1958 : les départements et les territoires d'outre-mer (respectivement DOM et TOM dans la suite du texte). Les premiers se caractérisent par un alignement sur le droit commun des départements métropolitains conformément au principe d'assimilation ; les seconds échappent en principe à la loi française en vertu du principe de spécialité et bénéficient d'un statut propre, fait « sur mesure », tenant compte de leurs « intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République » (art. 74 al. 1 C. 1946 et C. 1958, texte initial avant la révision du 28 mars 2003²).

Ces éléments fondamentaux posés par la constitution, la loi ordinaire prend ensuite le relais. Dans les conditions, formes et limites constitutionnellement imposées, celle-ci est chargée d'une part de l'adaptation de la législation métropolitaine aux particularismes des DOM³ et d'autre part de l'édiction du statut de chaque TOM¹ (jusqu'à

¹ L'Union française regroupait d'une part la France métropolitaine, les DOM et les TOM et d'autre part les États associés (États de l'Indochine, d'Afrique du Nord sous protectorat - Tunisie et Maroc -) et les territoires associés (anciennes colonies allemandes du Togo et du Cameroun). La Communauté française comprenait d'une part la France métropolitaine, les DOM et les TOM et d'autre part 12 États membres, anciens TOM d'Afrique noire et de Madagascar. La Communauté française n'aura qu'une brève existence. Institutionnellement prévue par la constitution, elle devient contractuelle en 1960 et disparaît avec l'accession à l'indépendance de tous ses États membres.

² Pour les collectivités d'outre-mer (COM) remplaçant aujourd'hui les TOM, la formulation a été légèrement modifiée (« intérêts propres [...] au sein de la République ») par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (art. 74 nv).

³ Art. 73 C. 1946 : « Le régime législatif des DOM est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi. » Art. 73 C. 1958 (texte initial) : « Le régime législatif des DOM et l'organisation des DOM peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ».

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

la révision du 25 juin 1992 qui imposera une loi organique pour certains éléments du statut des TOM²). Il semble donc qu'il revienne à la loi de faire évoluer les collectivités d'outre-mer : pour les DOM par des changements dans l'adaptation des règles de droit commun applicables ; pour les TOM par des changements de statut. Mais ces modifications n'épuisent pas toutes les possibilités. Ainsi, l'accession à l'indépendance constitue une voie de transformation statutaire envisageable dans certains cas. Le passage d'une catégorie à l'autre (DOM vers TOM et inversement) constitue encore une autre voie de transformation ainsi que, depuis l'apparition des régions d'outre-mer (ROM dans la suite du texte), le remplacement d'un DOM et d'une ROM par une collectivité spécifique. Les constitutions de 1946 et de 1958 traitent-elles de ces voies radicales d'évolution qu'il faut nommer des mutations statutaires par opposition aux évolutions statutaires ?

Car évolution et mutation statutaires ne se confondent pas sur le plan conceptuel. La première renvoie à des modifications à l'intérieur d'une même catégorie juridique de collectivités territoriales ; la seconde opère au contraire une rupture totale en faisant disparaître une collectivité territoriale soit pour la remplacer par une autre, soit pour donner naissance à un État indépendant. La mutation statutaire est donc d'une portée bien plus grande que la simple évolution. Pourtant la distinction entre ces deux changements institutionnels ne paraît pas être clairement faite ni par les constitutions de 1946 et 1958

¹ Art. 74 C. 1946 « Les TOM sont dotés d'un statut particulier [...] Ce statut et l'organisation intérieure de chaque TOM [...] sont fixés par la loi » Art. 74 C. 1958 (texte initial) : « Les TOM de la République ont une organisation particulière [...] Cette organisation est définie [...] par la loi. »

² Depuis la révision du 25 juin 1992, « les statuts des TOM sont fixés par des lois organiques qui définissent notamment les compétences de leurs institutions propres [...] Les autres modalités de leur organisation particulière sont définies et modifiées par la loi ». Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'interpréter la portée de l'intervention respective de la loi organique et de la loi ordinaire (DC 93-318 et 319 du 30 juin 1993 et 95-364 DC du 8 février 1995). Il en résulte que la loi organique fixe les règles de compétence des institutions propres du TOM et les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement de celles-ci.

(texte initial) ni par la doctrine (I). C'est pourquoi la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 demeure encore dans le flou conceptuel à cet égard, tout en organisant la mutation statutaire dans certains de ses aspects... mais sans le dire (II).

I – L'identification délicate de la mutation statutaire

La mutation statutaire est présente dans divers articles des constitutions de 1946 et de 1958 mais elle doit être dégagée par une interprétation car elle n'est pas traitée en elle-même, incluse qu'elle est dans l'évolution statutaire (A). La doctrine récente, placée face à des décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'évolution des DOM n'a pas clarifié non plus la notion, ce qui a engendré des divergences d'opinion sur sa possibilité pour les DOM (B).

A – Les insuffisances constitutionnelles

La constitution de 1946 comporte deux séries de dispositions qui, au-delà du terme d' « évolution » parfois employé, renvoient à de réelles mutations.

1 - Son préambule, tout d'abord, contient un énoncé qui évoque une idée de mouvement juridiquement évolutif et politiquement ascensionnel : « Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend *conduire* les peuples dont elle a la charge *à* la liberté de s'administrer eux-mêmes et gérer démocratiquement leurs propres affaires ». Le verbe « conduire à » évoque nettement l'idée de mouvement et donc de changement. Quant à la formule « liberté de s'administrer eux-mêmes et gérer démocratiquement leurs propres affaires », elle est ambiguë car elle peut s'entendre autant en termes d'évolution dans la continuité statutaire qu'en termes de mutation dans la rupture statutaire. L'article 75 de la constitution permet cependant de lever une partie de cette ambiguïté.

2 - L'article 75 de la constitution de 1946 dispose en effet : « les statuts respectifs des membres de la République et de l'Union française sont susceptibles d'évolution. Les passages d'une catégorie à

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

l'autre, dans le cadre fixé par l'article 60, ne peuvent résulter que d'une loi votée par le Parlement [...] ». Cet article peut être considéré comme donnant corps juridiquement à l'intention éducative et civilisatrice énoncée dans le préambule et il permet de mettre en évidence deux choses :

- d'abord, que l'évolution est constitutionnellement envisagée et prévue mais dans une limite absolue : il n'est pas question d'une quelconque indépendance sur la base de ces dispositions car il est bien précisé que les évolutions doivent rester dans le cadre fixé par l'article 60, c'est à dire dans le cadre de l'Union française ;

- ensuite, que la différence entre une évolution statutaire et une mutation statutaire n'est pas faite. L'article affirme la possibilité d'évolution et il organise une de ses modalités : le passage d'une catégorie à une autre. Or, il ne s'agit nullement d'évolution. En faisant passer un TOM au statut d'Etat associé, par exemple, il est évident que l'on réalise une mutation statutaire par le changement radical opéré et non une simple évolution.

On peut aussi s'interroger sur la portée de cette autorisation de mutation statutaire par passage d'une catégorie à l'autre. Concerne-t-elle les DOM comme les TOM ? Si on envisage la lettre de l'article, on peut relever que l'article parle d'évolution statutaire pour les « membres de la République », ce qui englobe les DOM puisque ces derniers font partie de la République. Mais si l'on considère la vision française traditionnelle qui oppose nettement les populations assimilées des DOM et les *peuples* (non assimilés) des TOM, il n'est pas certain que les possibilités de passage d'un statut à un autre aient été conçues par le constituant de 1946 comme intéressant aussi les DOM. Cette incertitude sur le traitement réservé aux DOM mérite d'être relevée car elle se retrouvera dans la constitution suivante.

3 - Enfin, il n'est pas négligeable de considérer l'application de ces dispositions. Cette application a existé mais elle n'a que partiellement respecté les cadres fixés par la constitution, montrant que le changement statutaire en outre-mer est toujours conçu de façon trop rigide et étroite ce qui oblige à quelques libertés avec les limites

constitutionnelles. D'abord, l'évolution par amendement statutaire a concerné les huit territoires d'Afrique occidentale française, les quatre territoires composant l'Afrique équatoriale française et Madagascar qui obtiennent une évolution de leur statut de TOM en vertu de la loi-cadre du 23 juin 1956¹. Cette loi généralise le suffrage universel et supprime le système du double collège, institue un conseil de gouvernement élu par l'assemblée territoriale dont les attributions sont étendues. Ensuite, l'évolution par mutation statutaire a concerné uniquement la Cochinchine qui, en 1949, sort de la République en quittant son statut de TOM par rattachement à l'Etat associé du Vietnam². Mais elle demeure néanmoins dans l'Union française. La constitution est respectée. Au contraire, le TOM des établissements français de l'Inde (constitués par cinq villes côtières : Chandernagor, Pondichéry, Yanaon, Karikal et Mahé) est, pour sa part, cédé à l'Inde par traité (en 1951 pour Chandernagor et en 1956 pour les autres). Ce cas particulier ne cadre pas avec l'évolution envisagée par la constitution puisque cette dernière n'entrevoit de transformation statutaire que dans le cadre de l'Union française. Ainsi, il témoigne (déjà) de l'insuffisance constitutionnelle en cette matière politiquement délicate qu'est la perte totale et définitive d'une portion de territoire national qui passe sous une souveraineté étrangère sans plus aucun lien particulier (de type fédéral ou confédéral) avec la France. Sur cette question encore, la constitution suivante va éprouver bien des difficultés.

La constitution de 1958 décide cependant de ne pas ignorer le problème posé par l'indépendance des peuples des TOM.

¹ Loi n° 56-619, *J.O.* 1956, p. 5782.

² Les accords du 8 mars 1949 donnent naissance au Vietnam, État indépendant mais membre de l'Union française en tant qu'Etat associé. On rappellera que la Cochinchine était la seule colonie d'Indochine puisque l'Annam, le Tonkin et le Laos étaient des protectorats. V. L. LUCHAIRE, *Droit de l'outre-mer et de la coopération*, PUF, 1966, p. 153 ; P. LAMPUE, *Droit de l'outre-mer et de la coopération*, Dalloz, 1969, p. 68 et s.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

1 - Elle affirme d'abord dans son préambule le droit à la libre détermination des peuples dont découle l'option qu'elle offre aux TOM de demeurer dans la République ou d'en sortir selon qu'ils acceptent ou non la nouvelle constitution¹. Puis, dans le cadre du délai de quatre mois prévu pour la mise en place des institutions nouvelles², l'article 76 accorde aux assemblées territoriales des TOM ayant choisi de rester dans la République, le droit de changer de statut en optant soit pour celui de DOM soit pour celui d'Etat autonome membre de la Communauté³. La constitution envisage même l'accession à l'indépendance, réservée toutefois aux seuls États membres de la Communauté. L'article 86 (al. 2) dispose en effet qu'« un État membre de la Communauté peut devenir indépendant. »⁴. En 1960⁵, il est ajouté une formule originale qui allie indépendance et appartenance à la Communauté: « un État membre de la Communauté peut, par voie d'accords, devenir indépendant sans cesser de ce fait d'appartenir à la Communauté » (art. 86 al. 3). Ces dispositions restent finalement lettre morte faute pour la Communauté de devenir une institution effective. Les onze États autonomes d'Afrique accèdent ainsi à l'indépendance en dehors de la mise en œuvre de l'article 86.

2 - Une fois ce processus initial clos, aucune autre disposition n'organise une possibilité d'évolution vers l'indépendance pour l'avenir. Cependant, la constitution consacre un alinéa à la cession de territoire par traité international (art. 53 al. 3). Supposant l'accord des

¹ Seule la Guinée refusa la nouvelle constitution et devint de ce fait indépendante.

² Art. 91C. 1958.

³ Tous les TOM d'Afrique optèrent pour le statut d'Etat autonome ainsi que Madagascar, hormis Djibouti.

⁴ La procédure est la même que celle du changement de statut (art. 86 al. 1) : demande de l'Etat intéressé, confirmée par un référendum local, accord approuvé par le Parlement de la République et l'assemblée législative de l'Etat membre de la Communauté.

⁵ Loi de révision constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960, *J.O.* du 8 juin 1960.

populations intéressées et une loi, la cession d'une portion de territoire national est prudemment introduite avec l'échange et l'adjonction de territoire. Potentiellement, cette disposition de portée générale permet d'imaginer une évolution statutaire de l'outre-mer soit par rattachement à un État existant, soit par accession à l'indépendance pure et simple. Mais, dans ce cas, pour parvenir à un tel résultat, il faut se livrer à une interprétation « audacieuse » et « constructive » du texte, ce que fera R. Capitant¹, suivi par le Conseil constitutionnel en 1975². L'entreprise est périlleuse (elle ne convaincra pas tout le monde³). En effet, le constituant n'a en réalité nullement envisagé une nouvelle possibilité de sortie de la République pour les TOM. Pour eux, à partir de leur acceptation initiale de la constitution en 1958, l'évolution a été conçue à l'intérieur de la République au travers des modifications statutaires pour lesquelles le législateur a toute latitude quant au fond, dans le respect de la constitution.

3 - Par ailleurs, plus encore que la constitution précédente, la constitution de 1958 n'envisage pas de réelle évolution pour les DOM. Les changements concernant ces derniers restent enfermés dans les possibilités d'adaptation de la législation métropolitaine (adaptations qui, au demeurant, sont désormais plus restrictivement conçues qu'en 1946⁴). En effet, il apparaît contradictoire avec l'idée que l'on se fait du statut de DOM que l'on puisse vouloir s'en libérer par une mutation statutaire. Le statut de DOM est à l'époque auréolé de toutes les vertus de l'assimilation. Il concrétise l'ascension d'une population vers la maturité dans le monde moderne. Il signifie progrès et

¹ Thèse présentée à l'occasion des débats sur la consultation de la population de la Côte française des Somalis, *JORF*, 23 décembre 1966, p. 11 304.

² Décision 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Rec.* p. 26.

³ V. J.-C. MAESTRE, « L'indivisibilité de la République française et l'exercice de l'autodétermination », *RDP*, 1976, p. 448 à 455.

⁴ Aux exceptions possibles selon l'article 73 C. 46, se substituent simplement des « adaptations nécessitées par la situation particulière ». Autant la simple adaptation que la nécessité, manifestent la volonté de réduire la latitude du législateur en la matière.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

amélioration des conditions de vie. Vouloir en sortir, c'est vouloir régresser¹. On ne peut l'imaginer.

Pourtant, l'imagination, la prévision politique sont nécessaires pour percevoir la réalité de l'outre-mer comme en tout autre domaine. La réalité n'est en effet nullement figée dans un mouvement linéaire unique. La situation de l'ensemble de l'outre-mer français se modifie à partir des années 1970². Progressivement, de nouvelles idées et de nouvelles représentations prennent forme. Des indépendances ont lieu, improvisées sur le plan juridique et inévitables sur le plan politique : celle des Comores³, de la Côte française des Somalis⁴ (le Territoire français des Afars et des Issas). Les critiques et les contestations à l'égard de l'assimilation s'amplifient dans les DOM. Une grande aspiration pour le changement statutaire s'affirme et se répand dans tout l'outre-mer. Or, pour y répondre, les dispositions de la constitution n'offrent que des possibilités limitées, surtout pour les DOM. Certaines décisions du Conseil constitutionnel le mettent bien en lumière et c'est à leur propos que la doctrine va s'emparer de la question sans lui apporter une clarté suffisante.

¹ L'histoire des DOM est porteuse de cet archétype. La colonisation des anciennes colonies reposait sur l'engagement pris de traiter les populations de manière identique à celle de la métropole et la première départementalisation accompagna l'immense progrès que fut l'abolition de l'esclavage en 1794. V. O. GOHIN, « Le bilan de cinquante ans d'application du droit commun à l'outre-mer français », in Association France outre-mer, *Un demi-siècle de départementalisation outre-mer*, Actes du colloque tenu au Sénat le 27 septembre 1996, Paris, A.F.O.M., 1997, p. 16 et s.

² On peut en effet considérer que la politique de diminution des différences entre l'outre-mer et la métropole commencée en 1962 s'achève à la fin des années 1970. V. J.-F. AUBY, « Le statut de la France périphérique », *AJDA*, 1989, p. 348.

³ A l'exception de Mayotte, les autres îles de l'archipel sont devenues indépendantes le 30 décembre 1975 au regard de la République française car l'indépendance avait été proclamée de fait par la chambre des députés de Moroni dès le 6 juillet 1974.

⁴ Le territoire français des Afars et des Issas est devenu la République de Djibouti, le 27 juin 1977.

B – Les insuffisances doctrinales

Le changement statutaire en outre-mer a fait l'objet de controverses en doctrine. Sans parler de la possibilité de sécession, la simple possibilité d'un changement radical de nature du statut régissant une collectivité outre-mer a été débattue. Mais elle ne l'a été que pour les DOM.

1 - Pour les TOM en effet, dès lors que l'on ne pensait pas à une sortie de la République vers l'indépendance, la mutation statutaire s'avérait ne relever que d'un problème de volonté politique et ne soulever aucun problème juridique. A partir du principe constitutionnel selon lequel les TOM ont droit à une organisation particulière en vertu de l'article 74 de la constitution, la doctrine en a conclu qu'il était loisible à la loi de modifier librement quant au fond le statut des TOM et, par extension, de transformer un TOM soit en un DOM, soit en une collectivité spécifique. Ainsi, la transformation du TOM de Saint-Pierre-et-Miquelon en un DOM en 1976¹ ne souleva qu'une opposition locale, exprimée par le Conseil général de l'archipel, qui, consulté, rendit un avis défavorable à la mutation statutaire, mais ce pour des raisons politiques et non juridiques². Lorsqu'à l'inverse, il fut question de sortir Saint-Pierre-et-Miquelon de la catégorie des DOM pour en faire une collectivité *sui generis*, quelques voix s'élevèrent à l'Assemblée nationale pour dénoncer l'inconstitutionnalité d'une telle démarche. Mais les arguments ne visaient en réalité que l'opportunité de la mutation statutaire et la procédure à suivre. Ils tendaient en effet à démontrer l'inutilité de la mutation statutaire (en affirmant que le statut de DOM permettait toutes les adaptations nécessaires à la situation particulière de l'archipel) et à exiger la tenue d'un référendum national, ou à tout le moins local, afin de recueillir le consentement de la population.

¹ Loi n° 76-664 du 19 juillet 1976, *J.O.* p. 4323

² Cf. Conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon, session extraordinaire du 23 juin 1976, *J.O. des îles Saint-Pierre-et-Miquelon*, juin 1976, p. 359 et s.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

2 - Autrement dit, le principe même de la disparition d'un DOM remplacé par une autre catégorie institutionnelle n'était pas considéré comme posant d'évidence un problème en soi¹. Il est vrai que l'originalité du DOM créé par la loi de 1976 ne favorisait pas le débat sur la constitutionnalité de sa suppression. En effet, la création du DOM de Saint-Pierre-et-Miquelon, même si elle avait témoigné d'une volonté certaine d'assimilation, s'était accompagnée du maintien de particularités qui allaient bien au-delà de ce que permettait la simple adaptation prévue pour les DOM par l'article 73 de la constitution². Aussi, la question de la constitutionnalité de ce statut avait été soulevée lors des débats législatifs de 1986 et il apparaissait aux yeux de certains députés que la disparition de ce pseudo-DOM pouvait être considérée comme une mesure de régularisation constitutionnelle et non comme une atteinte à la constitution. La loi votée, l'opposition de l'époque jugea donc la saisine du Conseil constitutionnel vouée à l'échec. En outre, elle apparaissait politiquement délicate puisqu'elle pouvait être perçue comme allant à l'encontre de la volonté de la population de l'archipel, qui, consultée le 27 janvier 1985, avait approuvé l'abandon du statut de DOM dont elle n'avait jamais voulu. En conséquence, la loi n° 85-595 du 11 juin 1985³ fit sans encombres juridiques de Saint-Pierre-et-Miquelon, après Paris⁴ et Mayotte⁵, une

¹ TH. MICHALON, « Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales : le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon », *RFDA* 1986, 2 (2), p. 192.

² La départementalisation avait apporté en réalité de faibles modifications à l'organisation institutionnelle de l'ancien TOM. Ainsi, il n'existait toujours pas de cantons. Dans le domaine essentiel de la fiscalité et des douanes, ni le code général des impôts ni le code des douanes n'avaient été étendus et le conseil général du DOM conservait les compétences de celui du TOM en ces matières. La fonction publique, l'organisation judiciaire et la législation sociale gardaient leurs particularités.

³ *J.O.* 14 juin, p. 6551.

⁴ Loi du 10 juillet 1964.

⁵ Loi du 24 décembre 1976.

collectivité hors catégorie, innommée, *sui generis*¹ et sans soulever de débats de fond sur le principe même d'une mutation statutaire.

3 - Cependant, un débat sur la possibilité de la mutation statutaire des DOM s'est instauré en doctrine. S'agissant de la transformation d'un DOM en un TOM, les opinions ont divergé. J.-C. Douence estimait² que le silence de la constitution de 1958 sur la suppression d'un DOM et son remplacement par un TOM³ ne devait pas être interprété comme une volonté de figer la situation de l'outre-mer à celle existant en 1958. En effet, le texte suprême ne donnant aucune précision sur la consistance géographique des DOM et des TOM, il fallait en déduire que ce dernier laissait à la loi le soin de définir le champ d'application territorial de chacun de ces deux régimes. Ainsi, « En l'absence de prescriptions constitutionnelles, une loi ordinaire suffit normalement pour créer ou supprimer un DOM »⁴. D'un point de vue procédural, s'il s'agit de transformer un DOM en TOM (ou en une collectivité particulière *sui generis*), la loi ordinaire suffit pour supprimer le DOM mais il faut une loi organique pour mettre en place le statut du nouveau TOM. S'il s'agit de transformer un TOM en DOM, une loi organique est d'abord nécessaire pour la suppression du TOM (ainsi que la consultation de l'assemblée territoriale). Ensuite, une loi ordinaire suffit pour la départementalisation.

¹ Tenant « de la commune -par le mode d'élection de son organe délibérant-du département -par la structure générale de ses organes-et de la région -par son comité économique et social- ». TH. MICHALON, *ibidem*, p. 198.

² J.-C. DOUENCE, *Répertoire Dalloz, Collectivités territoriales*, fasc. 1908-15 à 18, n° 56 à 72.

³ Seule hypothèse envisageable par la Constitution puisqu'elle ne connaît pas la catégorie des collectivités spécifiques qui est apparue à partir d'une interprétation particulière de l'article 72 dernier alinéa. V. M.-G. CALAMARTE-DOGUET, *Les collectivités territoriales à statut particulier entre autonomie et contrôle : étude d'une catégorie atypique*, thèse, Paris I, 2002.

⁴ *Op. cit.*, n° 68.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

S'agissant de la transformation d'un DOM en une collectivité spécifique, identiquement, R. Debbasch¹ estimait, qu'après la décision du 9 mai 1991² sur la loi érigeant la Corse en collectivité territoriale *sui generis*, les DOM devaient pouvoir se transformer à leur tour en collectivités territoriales spécifiques. Il suffisait qu'à cette occasion soient respectées les limites générales imposées par le Conseil constitutionnel en matière de décentralisation : un conseil démocratiquement élu, le respect des prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 de l'article 72 et le contrôle administratif³.

O. Gohin s'exprimait dans le même sens, récemment, en affirmant : « le remplacement du statut de DOM par une collectivité spécifique est donc parfaitement possible »⁴. A. Roux partageait également le même point de vue⁵ mais il prenait soin de souligner la dualité d'hypothèses que recouvre en réalité la mutation statutaire : soit il s'agit de transformer un DOM en TOM, soit il s'agit de le transformer en une collectivité spécifique⁶.

¹ R. DEBBASCH, « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », *RFDC*, 1996, p. 360.

² Décision n° 91-290 DC, *Rec.* 50; *RJC* I-438, notes : C. CARPENTIER, *LPA*, 1991, n° 82, p. 20 ; R. ETIEN, *Rev. adm.*, 1991, p. 234 ; L. FAVOREU, *RFDC*, 6-1991 (avril-juin), p. 305 ; 7-1991 (juillet-sept.) ; B. GENEVOIX, *RFDA*, 1991, n° 3, p. 407 ; C. HOUTEER, *LPA*, 1991, n° 74, p. 17 et n° 80, p. 21 ; F. LUCHAIRE, *RFDC*, 7-1991 .

³ Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Rec.* 38, *RJC* I-117, notes : J. BOULOUIS, *AJDA*, 1982, p. 303. R. ETIEN, *Rev. Adm.*, 1982, p. 352; L. FAVOREU, *RDP*, 1982, p. 1259.

⁴ O. GOHIN, « L'évolution des DOM vers un statut de collectivité spécifique », in ouvr. coll. *L'évolution du statut de DOM*, PUAM, Coll. Collectivités locales, 1999, p.194, spécialt. p. 199.

⁵ A. ROUX, « Évolution des DOM et Constitution », in ouvr. coll. *L'évolution du statut de DOM*, PUAM, Coll. Collectivités locales, 1999, p. 252 ; spécialt. p. 259.

⁶ Cette dualité d'hypothèses n'a plus de valeur aujourd'hui après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 puisqu'il ne reste plus qu'une seule catégorie : celle des COM englobant les deux cas précédents.

4 - Et, contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'approche de ces deux possibilités n'a pas été identiquement menée par la doctrine. Le second cas de figure a focalisé toute l'attention. En réalité, on peut même dire qu'à partir de deux décisions controversées¹ du Conseil constitutionnel, le débat s'est ouvert essentiellement sur la question de la combinaison entre l'article 72 et l'article 73, c'est-à-dire sur une problématique autre que celle de la mutation statutaire puisque, par hypothèse, l'existence du DOM n'était pas remise en cause. La première de ces deux décisions (n° 82- 147 DC du 2 décembre 1982²) avait censuré la loi n° 82-213 du 23 mars 1982 en tant qu'elle instituait pour le département et la région d'outre-mer une assemblée unique désignée au scrutin proportionnel ce qui privait, selon le Conseil, les composantes du département d'une représentation telle qu'il en existe une dans le cadre du droit commun des départements. Rompant avec l'alignement de principe des DOM sur les départements métropolitains, cette loi a donc été déclarée inconstitutionnelle. La seconde (décision n° 84- 174 du 25 juillet 1984³) avait censuré la loi qui adaptait à la ROM le droit commun des régions métropolitaines en tant, d'une part, qu'elle transférait à la région des compétences exercées par le département en métropole et, d'autre part, qu'elle supprimait l'obligation -existant en métropole- de consulter les communes dans le processus de planification régionale.

Or, à partir de cette jurisprudence interprétant strictement le principe d'assimilation, une partie de la doctrine s'est persuadé que le Conseil constitutionnel excluait toute possibilité de transformation d'un DOM en une collectivité spécifique. Ainsi, dans son commentaire de la première des deux décisions, Louis Favoreu expliquait : « Si le Conseil avait été logique avec lui-même, il aurait [donc] dû considérer

¹ V. le commentaire très critique de Louis FAVOREU sur la première de ces décisions, « La décentralisation dans les départements d'outre-mer », *AJDA* 1983, p. 120.

² *Rec.* p. 70 ; *RJC* I-135. Notes : P. AVRIL. et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, n° 25, p. 184 ; R. ETIEN, *R.A.* 1982, p. 620 ; R. FORTIER, *RFDA* 1983, n° 311, p. 24 ; L. FAVOREU, *RDP* 1983, p. 333 § 84 à 92 et 123.

³ *Rec.* 45 ; *RJC* I-185 ; L. FAVOREU, *RDP* 1986, p. 395.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

que le seuil de la simple adaptation ayant été franchi, le législateur avait créé une nouvelle catégorie de collectivités territoriales dotées d'un statut particulier et cela conformément à l'article 72 de la Constitution »¹. En ne le faisant pas, le Conseil aurait implicitement considéré la « dé-départementalisation » des quatre DOM impossible. D. Custos² estime que la décision du 7 décembre 2000³ confirme une telle position du Conseil. La réserve d'interprétation relative à la « possibilité de disposer d'une organisation institutionnelle propre » prévue par la loi du 13 décembre 2000⁴, en renvoyant aux limites fixées par l'article 73, aurait neutralisé la nouveauté des « statuts à la carte » et arrimé définitivement le sort des DOM à celui des départements métropolitains.

Mais une telle lecture des décisions du Conseil n'est pas d'une évidence indiscutable. En tout état de cause, la suppression d'un DOM ne heurte directement aucune disposition constitutionnelle dès lors qu'aucune d'entre elles ne donne la liste nominative des DOM. La révision constitutionnelle ne modifie pas cette donnée car, si elle énumère nominativement les outre-mers (art. 72-3) elle le fait sans leur assigner un statut précis en ne précisant pas ceux relevant de l'article 73 et ceux relevant de l'article 74 (à l'exception de la Réunion, citée en tant que DOM-ROM à l'article 73 -5).

¹ Commentaire précité.

² D. CUSTOS, « Le statut constitutionnel des départements d'outre-mer », *AJDA*, 20 septembre 2000, p. 73.

³ Déc. 2000-435 du 7 déc. 2000, *Rec.* p. 164 ; publiée au *JO* du 14 déc. 2000, p. 19830 ; F. LEMAIRE, « Le Conseil constitutionnel et l'avenir institutionnel des DOM », *RFDA*, 2000(2), p. 361-371 ; F. LUCHAIRE, « L'avenir des DOM devant le CC », *RDP*, 2001, n° 1, p. 245 ; A. ROUX, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000 (vol. XVI), p. 702 ; 717-718 ; 721 ; 741 et *Dalloz* 2001 (22), somm. p. 1765-1766 ; M. VERPEAUX et F. SAUVAGEOT, *LPA*, 31 juillet 2001 (151), p. 18-30 ; *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001 (10), p. 8-9 ; M. VERPEAUX, *RFDA*, 2001 (45), p. 110-128 ; D. CHAGNOLLAUD, « La loi d'orientation pour l'outre-mer devant le Conseil constitutionnel et la bi-départementalisation de la Réunion », *LPA*, 23 avril 2001 (80), p. 247-265 ; J.-E. SCHOETTL, « Outre-mer », *AJDA*, 2001, p. 102-106.

⁴ Loi n° 2000-1207, *JO* 14 décembre 2000, p. 19760.

II – La conceptualisation évitée de la mutation statutaire

La révision du 28 mars 2003 a entendu redessiner le paysage institutionnel ultra-marin en touchant notamment à l'une de ses catégories traditionnelles : le TOM. Bien que moins contesté que le DOM, le TOM est supprimé en tant que catégorie de collectivités territoriales¹ au profit des « collectivités d'outre-mer » (COM dans le reste du texte) définies négativement par l'article 72-3 comme étant les collectivités non régies par l'article 73. Ces COM régies par l'article 74 reprennent en réalité l'idée directrice des anciens TOM : la reconnaissance d'intérêts propres au profit de certaines collectivités d'outre-mer se traduisant par un régime juridique non aligné sur le droit commun.

Ainsi, l'article 74 reproduit-il une formule proche de celle de l'ancien article 74 applicable aux TOM : « les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles² au sein de la République ». Elles regroupent ainsi les anciens TOM (Polynésie et Wallis-et-Futuna) et les collectivités spécifiques de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon. Mais au-delà de cette recomposition institutionnelle de l'outre-mer, la révision s'attache à régler à la fois les évolutions et certaines mutations statutaires sans formaliser la différence entre elles (A). Par

¹ Il reste un TOM : les Terres australes et antarctiques. La révision (art. 72-3 dern. al.) exclut ces dernières du bénéfice des dispositions relatives aux DOM-ROM comme de celles relatives aux COM. Il en résulte qu'elles demeurent un TOM régi par la loi du 6 août 1955 mais qui ne constitue plus une catégorie de collectivités territoriales. Il s'agit d'un établissement public territorial à caractère administratif relevant de la décentralisation territoriale et régi par la loi (art. 72-3 al. 4). Ceci met fin à une anomalie juridique consistant à ériger en collectivité territoriale un territoire dépourvu de population permanente. V. O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* 2003 (4), p. 678.

² La formulation nouvelle « intérêts propres de chacune d'elles » met en relief la volonté politique qui anime la révision constitutionnelle d'ajuster les statuts à chaque situation. Mais ceci n'apporte rien de nouveau car précédemment, déjà, les statuts des TOM étaient extrêmement différents des uns des autres.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

ailleurs, il est des mutations statutaires implicitement présentes dans le texte constitutionnel sur lesquelles le silence a été gardé (B).

A – Le traitement indifférencié des mutations statutaires

L'objectif poursuivi par la révision en matière de changement statutaire réside dans la mise en place de procédures clairement préétablies évitant pour l'avenir les improvisations du passé. En effet, les problèmes ultra-marins ont été jusqu'ici traités au coup par coup selon une méthode expérimentée d'abord pour la Nouvelle-Calédonie : accord politique entre le gouvernement et des représentants locaux, consultation sur cet accord des populations intéressées et statut conforme à l'accord. Comme le relève O. Gohin¹, cette démarche a été également utilisée en totalité ou partiellement pour la révision du cadre d'autonomie de la Polynésie française², pour Mayotte³ et pour les départements français d'Amérique. Elle a été implicitement reprise par la loi d'orientation pour l'outre-mer du 13

¹ Art. à la *RFDA* 2003 précité, p. 681.

² L'accord politique n'avait pas été formalisé et aucune consultation n'avait donc pu avoir lieu. Quant à la révision qui devait doter la Polynésie française d'un nouveau statut constitutionnel, elle n'a pu s'achever en raison de l'ajournement de la réunion du Congrès prévue le 24 janvier 2000.

³ Accord de Paris le 27 janvier 2000, consultation du 2 juillet 2000, loi du 11 juillet 2001 qui fait de Mayotte une collectivité départementale. V. H. BERINGER, « La collectivité départementale de Mayotte : principaux aspects de la loi statutaire n° 2001-616 du 11 juillet 2001 », *RJPIC* 2002, p. 391.

décembre 2000 (CGCT. art. 5911-1 à 5916-1)¹ avec l'aval du Conseil constitutionnel².

La révision constitutionnelle réenvisage la question dans l'optique générale de démocratie participative qui l'anime³. Mais son souci de mettre en exergue l'intervention des citoyens lui fait quelque peu « oublier » les différences d'objets sur lesquels les électeurs peuvent être consultés.

¹ Cette loi crée un Congrès, réunissant les membres du Conseil régional et du Conseil général, qui délibère sur les modifications institutionnelles souhaitées (évolution institutionnelle, transfert de compétences, modification de la répartition des compétences entre les collectivités locales.). Ses propositions sont transmises aux deux conseils (régional et général) qui décident de leur adoption. Le gouvernement peut ensuite soumettre à l'avis de la population un projet de loi, élaboré partir des propositions du Congrès et des délibérations des conseils.

² Déc. n° 2000-428 du 4 mai 2000, *JO* 10 mai 2000, p. 6976 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la consultation de la population de Mayotte », *Revue jur. et pol. Indépendance et coopération*, 2003 (1), p. 112-128 57 ; X. BIOY, « Le droit de l'outre-mer à la recherche de ses catégories », *Rev. de la recherche juridique- Droit prospectif*, 2001 (4-vol. 1), p. 1785-1810 ; A. ROUX, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000 (vol. XVI), p. 723-726 ; *Dalloz*, 2001, (22) somm. p. n° 1763-1764 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, (9) p. 9 ; O. GOHIN, « L'évolution du statut de Mayotte au sein de la République française : aspects constitutionnels », *RDFA* 2000, n° 4, p. 737 ; J.-E. SCHOETTL et J.-Y. FABERON, *AJDA*, 2000, p. 561 ; M. VERPEAUX, *RFDC*, 2000, n° 43, p. 549 et *LPA*, 2000 (207), 17 octobre 2000, p. 16-19 ; F. LEMAIRE, « La libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDJ* 2000, n° 3 p. 907 ; D. ROUSSEAU, *Chr. de JP. constit. RDP* 2001, n° 1, p. 66 ; A.-M. LE POURHIET, « La constitution, Mayotte et les autres », *RDJ* 2000, p. 883 et décision précitée 2000-453 du 7 déc. 2000.

³ Cette optique lui fait prévoir une consultation populaire facultative de manière généralisée (et non plus réservée à l'outre-mer) à l'article 72-1 dernier alinéa lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité à statut particulier ou de modifier son organisation - de même qu'en cas de modification des limites territoriales.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

1 - Certes, il est fait une nette différence entre le changement vers l'un ou l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74 (mutation statutaire) et les questions relatives à l'organisation, aux compétences et au régime législatif (évolution institutionnelle) : l'alinéa 1 de l'article 72-4 insiste sur la nécessité du consentement des électeurs dans le premier cas tandis que l'alinéa 2 du même article précise bien le caractère nettement consultatif du vote populaire dans le second cas¹. Mais la focalisation sur l'aspect démocratique de la procédure fait passer au second plan ce sur quoi les électeurs sont appelés à se prononcer.

Ainsi, la formulation de l'article 72-4 met-elle davantage l'accent sur la nécessité du consentement des électeurs que sur l'objet même de ce consentement² : « Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. » Pourtant, il ne s'agit rien moins que de faire passer une collectivité du régime de droit commun (principe d'assimilation) à

¹ La procédure est d'ailleurs différente du point de vue de son initiative selon le cas envisagé : soit c'est le gouvernement dans le cas de la mutation statutaire de l'article 73 vers l'article 74 et inversement, soit c'est le président pour les évolutions institutionnelles. En revanche, la décision de consulter les électeurs est, dans les deux cas, prise par le Président (comme celle relative au référendum de l'article 11 mais à la différence de cette dernière, elle est ici soumise au contreseing du Premier ministre, l'article 19 n'ayant pas été modifié par la révision constitutionnelle).

² De même, la ministre de l'Outre-mer rappelait l'objectif poursuivi : « inclure dans notre constitution des garanties démocratiques indiscutables pour éviter des dérives statutaires non souhaitées par nos compatriotes d'outre-mer », cité par M. VERPEAUX, « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA* 2003, p. 540, spécialt. p. 545. V. sur cet aspect de la révision, P. DELVOLVE, « Le référendum local (loi organique du 1^{er} août 2003) », *RFDA* 2004, n° 1, p. 7-16.

celui de la spécialité législative plus ou moins totale¹ (et inversement, ce qui ne se conçoit que pour Mayotte) et, par là-même, de reconnaître que cette collectivité a désormais des « intérêts propres au sein de la République » selon la formule de l'article 74. Certes, l'importance d'un tel changement se trouve manifestée par la nécessité de l'intervention du législateur organique, ce qui évitera, par le contrôle systématique du Conseil constitutionnel, tout doute sur la validité du nouveau statut (à la différence de ce qui s'était passé pour les lois du 19 juillet 1976 et du 11 juin 1985 relatives à Saint-Pierre-et-Miquelon). Mais la mutation statutaire n'est pas en elle-même présentée et mise en relief en tant que telle.

2 - Cette esquive conceptuelle se confirme à l'article 73 dernier alinéa où sont regroupés au sein d'un même régime de consultation des électeurs (celui précisément de l'article 72-4) d'une part le remplacement d'un DOM et d'une ROM par une autre collectivité et d'autre part l'institution d'une assemblée unique. Or, il s'agit de deux choses très différentes. Dans le premier cas, il y a mutation statutaire, dans le second, simple modification institutionnelle. Pourtant, rien dans l'article ne les oppose². Bien sûr, il est facile de comprendre le regroupement de ces deux hypothèses par référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'assemblée unique censurée en 1982 refait son apparition et reçoit l'onction constitutionnelle. Quant à la création d'une collectivité spécifique en lieu et place d'un DOM et d'une ROM, elle répond aux interrogations (déjà évoquées) de la doctrine quant à sa possibilité au regard de la jurisprudence du même Conseil constitutionnel. Leur regroupement dans un même article peut passer par une sorte d'association d'idées et sans doute aussi par

¹ Les COM ne sont pas en effet soumises identiquement au principe de spécialité (V. *infra*).

² On peut faire la même remarque concernant l'article 72-1 qui prévoit une même procédure de consultation facultative des électeurs pour la création d'une collectivité à statut particulier en lieu et place d'une collectivité de droit commun (mutation statutaire) et pour la modification de l'organisation d'une collectivité à statut particulier (évolution statutaire).

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

une référence à des revendications couplées. Mais cette façon de procéder empêche d'avoir une nette conscience de la différence entre les deux changements statutaires et d'avoir une vue d'ensemble des mutations statutaires possibles par leur séparation même qui empêche leur mise en parallèle afin d'en voir leurs différences. Ainsi, une loi organique est nécessaire pour le passage d'un régime de collectivité régie par l'article 73 à un régime de COM régie par l'article 74. Au contraire, une simple loi suffit pour la disparition d'un DOM et d'une COM et la création d'une nouvelle collectivité. Cette différence s'explique sans doute par le fait que la nouvelle collectivité ainsi créée demeure sous l'empire de l'article 73 (art. 73-3 al. 2).

2 - Mais une autre différence apparaît. La mutation statutaire de l'article 72-4 al. 1 peut n'intéresser qu'une partie de collectivité alors que celle de l'article 73 al. 7 ne le peut.

Il semble que l'hypothèse d'une mutation partielle ait été conçue à l'article 72-4 en pensant à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, rattachés à la Guadeloupe, et qui revendiquent leur détachement¹. Mais rien n'interdit que cette possibilité soit utilisée ailleurs². Elle soulève au moins deux questions³. D'abord, pourquoi avoir écarté

¹ Surtout pour ne plus être tenus par le respect de règles communautaires. Et d'ailleurs, pour répondre à cette attente, le gouvernement a déjà consulté les électeurs le 7 décembre 2003, sur le fondement de l'article 72-4 al. 1, sur la question de la substitution de leurs deux communes au profit d'une COM. Réponse positive.

² Ce qui soulèverait la question de ce que peut être une "partie" de collectivité quand on n'est pas en présence d'un territoire insulaire comme dans les deux cas précédemment cités.

³ On peut en soulever une autre au regard du principe coutumier de droit international qui impose le respect des limites coloniales et donc de l'indivisibilité des entités coloniales dans le cadre de la libre détermination des peuples. V. A. ORAISON, « Réflexions critiques sur le maintien du statut quo institutionnel à la Guadeloupe et à la Martinique et sur le changement statutaire à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, à la suite des référendums antillais du 7 décembre 2003 », *RFDA* 2004 n° 1 p. 51. Certes, il ne s'agit ici que d'une autodétermination interne. Mais en devenant une COM, la partie de collectivité détachée peut un jour accéder à l'indépendance.

cette possibilité de mutation partielle pour la création d'une collectivité spécifique de l'article 73 et l'avoir autorisé pour la création d'une COM ? Ensuite, pourquoi n'avoir pas requis le consentement préalable de tous les électeurs de la collectivité dans les deux cas, même dans celui d'une mutation partielle.

La réponse à la seconde question peut être d'ordre politique et non juridique, en première analyse. En effet, la commission des lois du Sénat avait souhaité que la consultation intéressât tous les électeurs de la collectivité dont une partie souhaite se détacher et changer de statut. Mais le gouvernement a maintenu son choix d'une consultation partielle, explicitement prévue par l'article 72-4. Pourtant, juridiquement, on pourrait soutenir que cette mutation statutaire a deux facettes : une facette « active et positive » qui intéresse la partie de collectivité qui change de statut et une facette « passive et négative » qui intéresse la collectivité qui subit une amputation territoriale. Autrement dit, on pourrait distinguer deux droits distincts et opposés mis en cause : celui de la partie de collectivité de se détacher -qui est reconnu par la constitution à l'article 72-4- et celui de l'ensemble de la collectivité de maintenir son intégrité territoriale - que l'on pourrait inférer de l'article 72-1-. Car l'article 72-1 ayant prévu une consultation des électeurs en cas de modification des limites territoriales d'une collectivité, il serait possible d'affirmer que la constitution a également érigé par-là un droit au respect de l'intégrité territoriale des collectivités. Cependant, l'existence de ce dernier droit n'est pas indiscutable vu que la consultation des électeurs n'est que facultative et n'est pas un consentement¹ alors que le droit à se détacher d'une collectivité est pleinement certain en raison de l'obligation d'un consentement préalable des électeurs concernés.

La réponse à la première question est plus problématique. Pourquoi la mutation statutaire qui consiste en la disparition d'un DOM et d'une ROM au profit d'une collectivité spécifique demeurant dans le cadre de l'article 73 ne pourrait-elle pas être envisagée pour

¹ L'existence d'un droit ne suppose-t-il pas un pouvoir de consentement à son égard ?

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

une partie d'un DOM et d'une ROM seulement? En quoi cette hypothèse se distingue-t-elle de celle qui correspond à la création d'une COM? N'est-ce pas parce que le gouvernement pensait à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin que la mutation partielle de l'article 72-4 a été prévue? Et n'est-ce pas parce qu'aucun cas concret de revendication ne coïncidait avec une mutation partielle de l'article 73 al. 7 que cette éventualité n'a pas été prévue? Faut-il établir un lien avec l'article 72-1 qui envisage la possibilité pour la loi de créer une collectivité à statut particulier en remplacement d'une collectivité de droit commun? Dans ce dernier cas également, une loi suffit et aucune mutation statutaire partielle n'est envisagée. En revanche, le consentement des électeurs n'est pas requis, leur consultation facultative est simplement prévue. Surgit alors la question de savoir pourquoi une mutation statutaire en métropole débouchant sur la création d'une collectivité à statut particulier ne serait pas soumise au consentement des électeurs alors qu'en outre-mer la création d'une collectivité régie par principe par le droit commun (régime de l'article 73) devrait être consentie par les électeurs?

Face à cet ensemble de questions, l'impression qui se dégage en tout état de cause est celle d'une mise en place de solutions générales sur fond de revendications précises¹ sans approche globale et de principe des changements statutaires majeurs.

B - L'existence de mutations statutaires non-dites

La révision a largement embrassé un point de vue pragmatique en cherchant à donner des réponses juridiquement incontestables (parce que constitutionnellement posées) à des revendications politiques émises depuis de nombreuses années dans les différents outre-mers et en cherchant également à lever des blocages nés d'une certaine interprétation de la constitution par le Conseil constitutionnel. Mais ce faisant, un certain recul théorique a manqué. Aussi, n'est-il pas étonnant d'y trouver des non-dits ou des non-vus.

¹ Et sur d'autres points sur fond de jurisprudence constitutionnelle que l'on voulait dépasser.

1 - Ainsi, en va-t-il en premier lieu pour la question de la sortie d'un outre-mer de la République française.'

La révision constitutionnelle n'aborde pas la question de la sécession alors même que le statut à part de la Nouvelle-Calédonie n'est pas ignoré. Cependant, l'ambiguïté de la situation de la Nouvelle-Calédonie au sein de l'outre-mer laisse déjà présager du silence constitutionnel sur les processus d'indépendance (en effet, si l'on peut déduire des termes de la révision que la Nouvelle-Calédonie n'est pas une COM en vertu des articles 13 al. 3 et 72-3 al. 3 et 74-1 mais qu'elle est une collectivité à statut constitutionnel, il n'en reste pas moins quelques obscurités sur sa place précise au sein des collectivités territoriales¹). Pourtant, l'on sait combien la question de la possibilité puis du fondement du processus d'indépendance a pu préoccuper la doctrine et se résoudre difficilement par une jurisprudence constitutionnelle interprétant audacieusement -mais non indiscutablement- la constitution. Le gouvernement aurait-il considéré tout autre cas de sécession improbable, la Nouvelle-Calédonie ayant été mise « sur les rails » ? Il n'en reste (peut-être) pas moins regrettable que, dans le cadre de la mise en place de procédures sur les évolutions de l'outre-mer, cette question n'ait pas été réglée, même si ce n'était que pour le principe. Ceci d'autant plus que l'article 72-3 pose la reconnaissance constitutionnelle de « populations d'outre-mer » au sein du peuple français. L'expression « populations d'outre-mer » évoque bien évidemment d'abord la jurisprudence du Conseil constitutionnel se référant aux « peuples d'outre-mer auquel est reconnu le droit à la libre détermination »², puis celle invoquant l'alinéa 2 du préambule de la constitution³ pour la mise en œuvre

¹ V. en ce sens : M. VERPAUX, « Le loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libre propos », *RFDA* 2003, n° 4 p. 661, spécialt. p. 668. Comparer O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », art. précité, *RFDA* 2003, n° 4, p. 678.

² Déc. 9 mai 1991, 291-90 DC, précitée.

³ « En vertu [...] du principe de libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles, fondées sur un idéal commun de liberté,

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

duquel les « populations » d'outre-mer peuvent être consultées par le gouvernement non seulement pour accéder à l'indépendance mais aussi sur leur évolution statutaire¹. Ce rapprochement, qui est fait par le biais de la jurisprudence constitutionnelle entre l'article 72-3 nouveau et le préambule de la constitution, peut d'ailleurs se justifier en lui-même par la formulation employée par le premier qui rappelle fort curieusement celle du second. C'est en effet, dans les deux cas, « un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité » qui anime le lien entre la République et les peuples d'outre-mer (préambule) et les populations d'outre-mer (art. 72-3). Ce n'est certainement pas un hasard de rédaction.

Mais, déjà, une divergence d'interprétation est apparue en doctrine à ce sujet. On peut en effet estimer avec J.-P. Thiellay que l'article 72-3 « vide de toute portée » la mention du préambule² (c'est bien même le mérite de cette disposition qui, pour cet auteur, « recadre » en ce qui concerne l'outre-mer, la notion de peuple ou de composante du peuple français). Ou bien on peut partager le point de vue de Patrick Dollat³ et douter d'un tel effet. Derrière ce débat, est en cause la possibilité maintenue ou non d'un droit à l'indépendance pour certains outre-mers. L'utilisation du terme « population d'outre-mer » qui s'oppose à celui de « peuple d'outre-mer »⁴ d'une part et l'énumération constitutionnelle des composantes de l'outre-mer

d'égalité et de fraternité » Rappel : article 1er C. 58 abrogé en 1995 : « La République et les peuples des TOM qui par un acte de libre détermination adoptent la présente constitution instituent une Communauté ».

¹ Déc. 2000-428 DC du 4 mai 2000 précitée et n° 2000-435 du 7 déc. 2000 précitée.

² J.-P. THIELLAY, « Les outre-mers dans la réforme de la constitution », *AJDA* 2003, p. 564, spécialt. p. 565.

³ « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », *RFDA* 2003 (4), p. 670, spécialt. p. 673.

⁴ Le texte du préambule vise les peuples des *territoires* d'outre-mer mais le terme « territoire » peut être entendu en un sens purement géographique et l'expression peut donc d'une part valoir malgré la disparition des TOM et d'autre part, elle peut être commodément raccourcie en celle de « peuple d'outre-mer ».

d'autre part, ajoutées à l'absence de toute procédure spécifique d'accession à l'indépendance, peut laisser en effet penser que le processus néo-calédonien est désormais une hypothèse sans avenir. Cependant, comme les processus d'indépendance, quand ils se déclenchent véritablement, échappent à toutes limites d'ordre juridique, fussent-elles constitutionnelles, il est plus prudent de considérer que la révision constitutionnelle n'a pas entendu fermer la porte à toute sortie de la République mais qu'elle a imposé désormais (implicitement mais nécessairement) une révision de l'article 72-3 de la constitution¹.

2 - Le second domaine d'interrogations concerne l'effet de la disposition de l'article 73 al. 2 qui prévoit dans sa seconde phrase la possibilité pour les DOM et les ROM de fixer eux-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans certaines matières (pouvant relever de la loi) définies par la loi qui les y habilite.

Cette possibilité constitue clairement une dérogation à l'alinéa premier de l'article 73 qui pose le principe de l'application de plein droit des lois et règlements sous réserve d'adaptations. Elles se distinguent nettement des adaptations décidées par ces mêmes collectivités dans les matières de leur compétence sur habilitation législative (art. 73 al. 2 première phrase) puisqu'elles concernent justement des matières qui ne sont pas normalement de la compétence locale. Elles s'en distinguent également parce que l'article permet d'opposer d'une part l'adaptation tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités et d'autre part la prise en compte des « spécificités » qui motivent les mesures autorisées par la seconde phrase de l'alinéa 2 de l'article 73. Le terme de « spécificités » peut ici surprendre en ce qu'il évoque les TOM. Mais ce n'est pas la seule surprise. Car la possibilité d'intervenir réglementairement² dans

¹ En ce sens, O. GOHIN, art. précité, p. 679 ; P. DOLLAT, art. précité, p. 673 ; J.-P. THIELLAY, art. précité, p. 565.

² Il ne s'agit en effet nullement d'un pouvoir législatif du type de celui reconnu à la Nouvelle-Calédonie avec les lois de pays. La nature réglementaire, bien que non précisée par l'article 73, n'a jamais été douteuse.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

des matières relevant de la loi, ouverte désormais aux DOM et aux ROM, évoque aussi un pouvoir jusque-là réservé aux TOM.

Quel est donc ce droit qui ne correspond ni à une expérimentation (art. 72 al. 3¹) ni à une adaptation du droit commun (art. 73 al. 2) et qui permet d'échapper plus librement au droit commun que l'adaptation puisqu'il ne se réfère pas à des « caractéristiques et contraintes particulières » mais à des « spécificités » bien plus floues²? N'y a-t-il pas ici une sortie non-dite du régime de l'article 73 qui ne s'accompagne pas d'une entrée dans le champ d'application de l'article 74? Pour O. Gohin, il s'agit de permettre effectivement à des élus « craintifs » de rester organiquement dans le cadre (protecteur?) de l'article 73 tout en s'en émancipant et en entrant matériellement dans le champ d'application du régime des COM³.

Bien sûr, il n'y a pas de compétence générale en la matière. La constitution en exclut déjà (art. 73 al. 4) les règles de la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, le droit électoral. La liste des exclusions posées par l'article 73 al. 3 est bien plus longue que celle

¹ Rappelons que l'expérimentation permet sur habilitation législative de déroger à des lois et / ou règlements qui régissent les compétences des collectivités territoriales pour une durée limitée et dans des matières limitées. Cette possibilité s'ajoute à celles des alinéas 2 et 3 de l'article 73.

² Gilles Oraison rappelle que le gouvernement a donné quelques exemples de ces spécificités justifiant des habilitations législatives : le problème de la forêt en Guyane, celui des transports aériens et maritimes aux Antilles... G. ORAISON, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la constitution de la Vème République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de la Réunion », *RFDA* 2003, p. 684-693.

³ O. GOHIN, *ibidem*, p. 680. Certains penseront que la nouveauté est d'ailleurs excessive pour des collectivités par ailleurs soumises à un régime d'identité législative. V. J.-Y. FABERON *De l'outre-mer*, Dossier spécial sur la révision constitutionnelle, *JCP* n° 28 octobre 2002, n° 1098, p. 103, spécialt. p. 105.

des exclusions de l'expérimentation¹ mais il s'agit ici d'un pouvoir plus large puisqu'il correspond à une dérogation au droit commun non temporaire et qui ne se limite pas aux lois et règlements régissant les compétences de ces collectivités. D'ailleurs, les domaines exclus ne devraient pas contrecarrer les projets des collectivités concernées (les départements et régions d'Amérique²) puisqu'il semblerait que ces derniers concernent plutôt l'aménagement du territoire, la gestion des fonds européens, la politique culturelle, le logement social, l'enseignement³. Situation intermédiaire entre l'adaptation et la spécialité, cette dérogation devrait rester de portée marginale selon O. Gohin⁴. G. Oraison souligne également les verrous posés afin d'éviter toute dérive⁵: la nécessité d'une initiative locale afin que ces habilitations ne soient pas imposées (mais cette initiative locale est également requise pour les habilitations de l'alinéa 2 relatives aux simples adaptations et n'est donc pas spécialement liée au régime des dérogations au droit commun de l'alinéa 3); le contrôle du Parlement qui sera exercé à partir des termes d'une loi organique qui viendra, conformément aux dispositions de l'alinéa 6 de l'article, préciser « les conditions et réserves » des habilitations (mais ici, comme dans le cas précédent, la disposition de l'alinéa 6 s'applique aux habilitations du second alinéa); les limites matérielles constituées par la liste des prérogatives de souveraineté mentionnées à l'alinéa 4 auxquelles s'ajoute l'interdit général -qui vaut aussi pour l'expérimentation de l'article 72- de mise en cause d'une liberté ou d'un droit constitutionnellement garanti (art. 73 al. 4).

Mais la fréquence de ces habilitations, la durée du pouvoir de dérogation ne sont pas constitutionnellement délimitées. Aussi, on

¹ L'expérimentation ne doit pas « simplement » mettre en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. A noter que cette restriction est également reprise pour les habilitations des alinéas 2 et 3 de l'article 73.

² Il faut y ajouter les collectivités qui seraient créées en application de l'article 73 al. 7 et en exclure la Réunion (art. 73 al. 5).

³ J.-P. THIELLAY, art. précité, p. 568.

⁴ *Ibidem*, p. 681.

⁵ Article précité, p. 688.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

peut affirmer que grâce à cette disposition, (et mise à part la Réunion¹) les DOM et les ROM pourront avoir (enfin) une organisation particulière². Cela réalise-t-il une mutation statutaire implicite ? On peut le penser. O. Gohin parle d'« un article 73 et demi ». Selon l'importance des secteurs pour lesquels des dérogations seront possibles pour chaque DOM, ROM le désirant, on pourra considérer que la portée de l'application du droit commun se sera amenuisée à un point tel que la collectivité concernée ne sera plus véritablement placée par principe dans le droit commun. Mais il ne s'agit bien évidemment que d'une question de degré qui, à un certain moment, engendre un changement de nature. Comme telle, il s'agit d'une question très relative d'appréciation sujette à discussion.

3 - La même incertitude apparaît enfin quand on considère les COM. Par opposition aux DOM-ROM régis par l'article 73 qui pose clairement le principe de l'application du droit commun³ (principe d'assimilation ou d'identité législative), les COM apparaissent moins nettement situées dans le champ du principe de spécialité. En effet, l'article 74 n'établit nullement la non application de principe des lois et règlements. Il se contente d'indiquer que le statut de chaque COM précisera « les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ». La formule permet donc d'introduire une modulation

¹ La mise à l'écart spécifique de l'île de la Réunion des possibilités offertes par les alinéas 3 et 4 de l'article 73 (al. 5 de l'article 73) crée encore un cas à part dans la catégorie des DOM-ROM, dont la particularité est justement de pouvoir le moins possible s'écarter du droit commun. V. A. ORAISON, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la constitution de la Vème République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Les possibilités offertes aux départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite du département de la Réunion », précité.

² O. GOHIN, *ibidem*, p. 681.

³ La doctrine n'a pas manqué de souligner combien la révision avait nettement affirmé le principe, implicite antérieurement : art. 73 nouveau : « Dans les DOM et les ROM, les lois et règlements sont applicables de plein droit ».

dans l'application du droit commun en fonction de chaque cas et il est très trompeur de présenter le régime de l'article 74 comme étant purement et simplement celui de la spécialité législative par opposition à celui de l'identité législative de l'article 73¹. A tout le moins, si l'on veut présenter les COM comme étant soumises à la spécialité législative, convient-il immédiatement d'ajouter, comme le fait A. Oraison², que la spécialité est par principe modulable. Autrement dit, les COM ne sont pas les TOM « nouvelle formule ». L'avantage de la solution retenue est sa souplesse en permettant la mise en place de statuts sur mesure³. L'inconvénient, si l'on veut raisonner en terme d'avantages et d'inconvénients, c'est de faire apparaître les COM comme une catégorie de collectivités dénuée d'homogénéité juridique, véritable « auberge espagnole » selon l'expression de J.-P. de Lisle⁴.

Mais les COM sont-elle justement une nouvelle catégorie de collectivités territoriales ? O. Gohin affirme que non et le texte même

¹ C'est pourtant ce que fait la présentation officielle du gouvernement et le rapport de la mission d'information du Sénat en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna, rapport n° 216. Or, si l'on prend le cas de Saint-Pierre-et-Miquelon, il est évident que le principe de spécialité n'y est pas applicable en principe. C'est encore moins le cas pour Saint-Barthélemy et Saint-Martin. Ces deux communes ont opté le 7 décembre 2003 pour une mutation statutaire les appelant à devenir une COM. Or, sauf modification radicale de leur régime juridique dans le cadre de leur futur statut, ces deux nouvelles COM resteront essentiellement régies par l'application du droit commun. C'est pourquoi A. Oraison les qualifie de « collectivité à identité législative » de l'article 74 par opposition aux « collectivités territoriales à identité législative » de l'article 73. V. A. ORAISON, « Réflexions critiques sur le maintien du *statu quo* institutionnel à la Guadeloupe et à la Martinique et sur le changement statutaire à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, à la suite des référendums antillais du 7 décembre 2003 », précité, p. 42.

² A. ORAISON, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la constitution de la Vème République corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », *RFDA* 2003, n° 4, p. 684.

³ O. GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* 2003, n° 4 p. 678.

⁴ J.-P. DE LISLE (pseudonyme), « Réflexions sur les évolutions institutionnelles de s outre-mers français », *AJDA* 2002, p. 1273.

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

de l'article 72-3 incite à partager ce point de vue. En effet, l'article 72-3 al. 2 présente les COM comme étant « les autres collectivités », autres que celles régies par l'article 73 et qui sont juridiquement désignées en tant que DOM et ROM. Face à ces deux catégories de collectivités, les COM se définissent négativement comme un ensemble de collectivités, distinctes, dont le seul point commun est de n'être ni des DOM ni des ROM ni, (il faut l'ajouter) des collectivités créées en vertu de l'article 73 al. 7 (collectivités pour lesquelles une appellation juridique spéciale n'a pas été (encore) choisie).

Si l'on opte cependant pour la catégorie juridique comme le fait J.-Y. Faberon¹, il fait reconnaître qu'elle devient une catégorie de rangement permettant d'accueillir par sa définition « en creux » toute la diversité des collectivités situées hors de l'article 73. Une telle diversité de statuts des collectivités pouvait d'ailleurs s'observer sans que le doute sur l'existence même de la catégorie fût émis au sein de la catégorie des anciens TOM². Mais à la différence de ce que l'on observe pour les COM, les TOM étaient cependant soumis à un noyau dur de règles qui donnait sa cohérence juridique à la notion : principe de spécialité, statut organique (depuis 1992) , possibilité d'intervention dans le domaine de la loi pour les autorités locales³. Or, désormais, ce dernier point n'est plus réservé aux COM puisque

¹ J.-Y. FABERON, *De l'outre-mer*, Dossier spécial sur la révision constitutionnelle, précité. Egalement, J. JORDA, « Les collectivités territoriales outre-mer et la révision de la constitution », *RFDC* 2003 n° 56 p. 698, spécialt. p. 718.

² Les différences entre les statuts de la Polynésie française, de Wallis-et-Futuna et celui des TAAF étaient fondamentaux puisque les TAAF n'étaient que très artificiellement une collectivité territoriale. Quant aux différences opposant les statuts des deux autres TOM, ils étaient évidents aussi : Wallis-et-Futuna régies par le « vieux » statut du 29 juillet 1961 (complété par la loi du 18 octobre 1978, modifié par la loi du 20 février 1995) mettant en place une administration directe du territoire avec un découpage territorial en trois royaumes coutumiers. (V. H. BERINGER, *TOM, Droit commun*, juriscl. adm. fasc. 472 n° 43 à 61) et la Polynésie dotée d'un statut d'autonomie par le statut du 12 avril 1996.

³ Par dérogation à l'article 34 de la constitution, autorisée par la décision du Conseil constitutionnel, n° 65-34 L. du 2 juillet 1965.

l'article 73 al. 3 crée des habilitations législatives en ce sens. Le principe de spécialité perd sa valeur de principe pour devenir une simple règle dont la portée est variable selon les COM. La nature organique de la loi statutaire constitue donc en définitive le seul point commun des COM¹ (si l'on met à part la compétence de l'Etat prévue à l'article 74-1 d'étendre par ordonnances avec les adaptations nécessaires, les dispositions législatives en vigueur en métropole).

5 - Dans de telles conditions, l'introduction d'une distinction entre les COM semble apporter une structuration binaire dans un ensemble épars, instructurable pour cette raison même.

L'article 74 introduit « sans grandes pompes » des COM dotées d'autonomie dont on peut penser (bien sûr) qu'elles visent la Polynésie². Mais la généralité des termes de l'article préserve toute possibilité d'extension à d'autres COM pour l'avenir. Les éléments signant l'autonomie de ces collectivités sont précisés par l'article : pouvoir d'adopter des actes en matière législative demeurant de nature administrative³ mais soumis au seul contrôle direct -et « spécifique »⁴- du Conseil d'Etat⁴ d'adopter des mesures

¹ Même si pour l'instant ce n'est pas le cas étant donné que le statut de Saint-Pierre-et-Miquelon date d'avant la révision constitutionnelle du 25 juin 1992.

² Cette dernière a d'ailleurs déjà été dotée d'un nouveau statut en application des nouvelles dispositions de l'article 74 : loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JO* n° 52 du 2 mars 2004 (décision du Cons. const., n° 2004-490 du 12 février 2004).

³ Le nouveau statut de la Polynésie met en œuvre cette possibilité en dénommant fort maladroitement ces actes des « lois de pays » (art. 140), terme qui peut prêter à confusion avec les lois de pays de la Nouvelle-Calédonie à la nature et au régime très différents (mais la maladresse juridique peut être une habileté politique étant donné que ce qui est offert là est bien en retrait par rapport au projet de loi de révision constitutionnelle avortée en 2000. Ce dernier prévoyait en effet (art. 78 nouveau) des lois de pays soumises au contrôle préalable du Conseil constitutionnel sur le modèle néo-calédonien.

⁴ Ce que recouvre exactement le terme de contrôle « spécifique » est illustré par le chapitre II du titre VI du nouveau statut de la Polynésie. On peut

La mutation statutaire outre-mer, nouvel objet

discriminatoires en faveur des populations locales dans certains domaines², de participer à l'exercice des compétences de l'Etat, de modifier une loi dont le Conseil constitutionnel aura préalablement déclaré qu'elle est intervenue dans le domaine de compétence de la collectivité. Cet ensemble de pouvoirs démontre une réelle différence entre une COM dotée d'autonomie et une qui en est dépourvue.

Or, la procédure de passage de l'une à l'autre n'est pas précisée. On peut penser que la consultation facultative à l'initiative du président de la République prévue à l'article 72-4 al. 2 pourra s'appliquer. Cela signifierait que le passage vers l'autonomie ne serait qu'une évolution statutaire correspondant à une question relative à l'organisation, aux compétences de la collectivité. Pourtant, il n'est pas certain que la différence entre les deux sortes de COM ne soit telle que le passage de l'une à l'autre ne réalise pas une mutation statutaire. Il y aurait matière ici à débat et à analyse plus fine...

L'avenir permettra certainement, grâce à des mises en œuvre concrètes, d'éclaircir les points d'ombre et de lever les incertitudes. Pour l'heure, l'effort a été fait de tenter une remise à neuf des institutions ultra-marines dans le sens de la souplesse, du particularisme institutionnellement exprimé³ débouchant sur une

relever cependant que, contrairement à ce que souhaitaient les élus polynésiens, leurs actes n'échapperont pas aux principes généraux du droit.

¹ Ce contrôle direct du Conseil d'Etat est la seule nouveauté car le pouvoir d'édicter des actes dans des matières relevant du domaine législatif existait déjà pour les TOM. Mais cette nouveauté répond à un souhait formulé par les élus polynésiens de voir leur actes échapper à la compétence du tribunal administratif de Papeete.

² La disposition reprend celle du projet de loi de révision constitutionnelle (art. 78 nouveau) avorté en 2000. Elle vise l'accès à l'emploi, le droit d'établissement pour l'exercice d'une profession ou la protection du patrimoine foncier (art. 18, 19 du nouveau statut de la Polynésie). Et l'on peut indiquer que le Conseil constitutionnel dans sa décision 490 a censuré une disposition du nouveau statut (l'article 19).

³ B. FLAMAND-LEVY, « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA* 2004, n° 1, p. 59-68, spécialt. p. 62-63.

Hélène Simonian-Gineste

diversité peut-être dangereuse¹. La tâche n'était pas aisée... et la critique est si facile !

¹ Certains craignent pour la nature unitaire de l'Etat. Ce que réfute O. Gohin qui estime que la révision ne porte pas atteinte à l'unité de l'Etat et reste dans le cadre de la simple décentralisation. V. O. GOHIN, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA* 2003, p. 522.

LE POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME LOCAL : REELLE OU VIRTUELLE CONSTITUTIONNALISATION ?

**par Hiam Mouannès,
maître de conférences à l'Université
des sciences sociales de Toulouse**

La décentralisation, fondement de l'expression de la démocratie locale (Tocqueville), elle est aussi l'*Oxygène de la République*¹. Amorcée, en France, sous la Monarchie de juillet (instaurée au lendemain de la Révolution et vite disparue sous la convention²) et ensuite depuis la IIIe République, elle est de nouveau relancée par les lois Defferre en 1982 et 1983. Cette technique d'organisation de l'administration a permis l'expression des initiatives locales ou pour être plus exacte, la reconnaissance d'« affaires *publiques* locales »³ devant être gérées au niveau « local ». Aujourd'hui « essoufflée », si l'on croit les motifs de la loi constitutionnelle (exposés par le Sénat dans sa séance du 3 août 2002), elle retrouve un second souffle inspiré par une finalité bien précise fixée par le chef de l'Etat, Jacques Chirac : « lancer la révolution de la démocratie locale »⁴.

Sur l'impulsion du président de la République, le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin, appuyé par sa majorité à l'Assemblée nationale et au Sénat a voulu donner « corps et âme » à la

¹ Voir les motifs du projet de loi constitutionnelle, relatif à l'organisation décentralisée de la République, exposés par le Sénat (session extraordinaire 2001-2002, séance du 3 août 2002, n° 402).

² L'apparition du terme « décentralisation » date de 1820.

³ Notamment aux départements et aux communes. La collectivité régionale n'est créée qu'en 1982 (Loi du 2 mars) et consacrée en tant que telle, à l'instar des départements et des communes, par l'article 72 de la constitution (depuis LC du 28 mars 2003).

⁴ Cf., les motifs du PLC relatif à l'organisation de la République, exposés par le Sénat lors de sa session extraordinaire (2001-2002), séance du 3 août 2002, n° 402.

Hiam Mouannès

décentralisation. La finalité est double. Elle est d'abord humaine et sociale « les inquiétudes suscitées par l'inéluctable mondialisation exacerbent notre besoin d'enracinement »¹. Elle répond ensuite à un enjeu économique mis déjà en évidence par le général de Gaulle en 1968, « ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de la puissance économique »².

Par ses conséquences, la décentralisation redessinée en 2003 se veut plutôt « émancipatrice » de la volonté locale³. A cet égard, certains observateurs autorisés ont pu y remarquer –à juste titre– l'émergence de l'idée de « l'être » mettant en avant la « notion plurielle de la liberté », au détriment de celle de la « citoyenneté » qui, elle, privilégie la « notion unitaire de souveraineté »⁴.

L'expression de la décentralisation nous paraît intimement liée à la « libre administration » octroyée et reconnue aux collectivités territoriales. Or, cette libre administration, inscrite certes dans la constitution, se voulait (avant LC 2003) strictement encadrée par le législateur. C'est ce dernier qui, effectivement, délimitait son étendue (sous réserves de l'interprétation faite de cette compétence législative par le Conseil constitutionnel, v. *infra*).

¹ Cf. les motifs du PLC relatif à l'organisation décentralisée de la République, exposés par le Sénat, *op. cit.*

² Discours du général de GAULLE à Lyon le 24 mars 1968 (Cf. *La Déconcentration. L'Administration territoriale dans la réforme de l'Etat*, Jean-Benoît ALBERTINI, Economica, p. 32).

³ Voir notre contribution : « la nouvelle décentralisation, un régionalisme émancipateur », *Droit écrit*, n° 3.2002.115.

⁴ C'est nous qui soulignons. Voir sur cette idée les différents travaux présentés lors de la journée d'études sur *L'actualité de l'article 1^{er} de la constitution* (organisée par l'IDET.COM, le 17 novembre 2003 à l'Université des sciences sociales de Toulouse 1, publié en 2005) notamment celui du professeur Gérard MARCOU, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I (p.11 à 27).

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

La décentralisation relancée en 2003 sur de nouvelles bases, se veut instaurer une véritable « République des proximités »¹ donnant tout son sens à la démocratie locale, donc à la « libre administration ».

Si la décentralisation fait nécessairement appel à la notion de libre administration et si cette dernière ne peut être effective sans l'exercice d'un *certain* pouvoir réglementaire, un des vecteurs fondamentaux de cette décentralisation poussée, aboutie par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, est révélée par la consécration constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire *général, local et autonome*.

Or, l'on peut légitimement se demander si, en réalité, la LC du 28 mars 2003 n'a fait que mettre en adéquation le *fait* et le *droit* face à la « constitutionnalisation croissante de l'ordre administratif »². En effet, l'exercice d'un certain pouvoir réglementaire par les collectivités territoriales de la République, permettant à celles-ci de jouir de la libre administration, elle-même nécessairement liée à la jouissance d'un minimum d'autonomie, est un *fait* et mieux un *principe* à valeur constitutionnelle (CC n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale* et CC n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*)³, le constituant dérivé se contentant de l'inscrire noir sur blanc dans notre Loi fondamentale.

¹ Expression du chef de l'Etat, reprise par l'exposé des motifs du PLC par le Sénat. Cf. *idem*, séance du 3 août 2002.

² Y. JEGOUZO et M.-C. de MONTECLER, *AJDA*, 1.2004.1.

³ Le Conseil constitutionnel a même reconnu au législateur la possibilité d'attribuer des compétences réglementaires aux collectivités territoriales sans toutefois préjudicier au pouvoir réglementaire national du Premier ministre reconnu à l'article 21 de la constitution. Dans sa décision, le CC impose une exception relative au domaine des droits et libertés. Ce que fait le constituant en 2003. Cf., Conseil constitutionnel n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *statut de la Corse* ; voir aussi, *AJDA* 2002.100, note SCHOETTL et *RFDA* 2002.459, note M.VERPEAUX et p. 469, note Faure. La limite imposée par le juge constitutionnel concernant les droits et libertés publiques, se justifie par le principe d'unicité des conditions d'exercice des libertés publiques. Ainsi, la libre administration (avant, comme depuis 2003) ne peut conduire à ce que les conditions d'exercice d'une liberté publique puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire (Décision n° 84-185 DC du 18 janvier

Hiam Mouannès

Cependant, il nous semble intéressant d'observer l'indéniable mutation de notre organisation administrative (via cette nouvelle étape de l'évolution de la décentralisation) sous l'angle de la rhétorique, assez complexe par ailleurs, mais susceptible de « divulguer » la volonté du gouvernement. Avant la réforme de 2003, la notion de « libre administration » se comprenait comme seulement *attribuant* aux collectivités *locales* des compétences liées à la simple « administration » des affaires quotidiennes de la collectivité. Il s'agissait « d'agir » librement. Ce qui révèle certes l'existence ancienne d'un pouvoir réglementaire local, mais bien limité aussi bien par sa nature que par son objet. C'est d'ailleurs dans ce sens que les professeurs L. Favoreu et A. Roux soulignaient que la libre administration ne signifiait « à l'évidence ni libre réglementation, ni libre gouvernement »¹.

Avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, il s'agit –pour les collectivités territoriales– plutôt « d'être » libre. Cette notion de liberté ressort en effet au premier abord et justifie par suite, la constitutionnalisation d'« un pouvoir réglementaire » – nécessairement local– mais surtout *général* puisque, inhérent à l'exercice de « l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre » à l'échelon de chaque collectivité *territoriale*. Libre réglementation ? la question peut légitimement être posée d'autant que ce pouvoir réglementaire ainsi constitutionnalisé se trouve doublé de la possibilité de déroger aux lois et règlements nationaux.

Cependant, la réforme, quelle que ambitieuse qu'elle paraît, préserve le caractère unitaire et indivisible de la République à un point d'entretenir des ambiguïtés quant à son côté téléologique². L'ère de la centralisation a-t-il vécu ? rien n'est moins sûr.

1985 et décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française).

¹ L. FAVOREU et A. ROUX, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? ».

² A cet égard, J. RIVERO notait en 1960 : « la diversité des politiques suivies à l'égard des collectivités locales par les gouvernements a eu pour fond de

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Ainsi, afin de mieux éclairer (si l'on peut oser l'expression) le débat sur ce nouvel objet constitutionnel (la naissance et la constitutionnalisation d'un pouvoir réglementaire général, local et autonome), faudrait-il –dans l'axe de la « libre administration »– faire une double lecture de l'article 72 (plus particulièrement son troisième alinéa) de la constitution¹. La première devrait se faire sous l'angle des articles 72 et suivants modifiés et/ou insérés par la LC de 2003, montrant la volonté du constituant dérivé de *reconnaître* une réelle et effective « liberté » d'administration et de réglementation aux collectivités territoriales. La seconde, à la lumière des articles 13, 21 et 34 de la constitution, manifeste la limitation de cette liberté à la simple faculté d'« administration » *attribuée* à ces mêmes collectivités, préservant ainsi le caractère unitaire et indivisible de la République. D'ailleurs, les résultats des élections régionales des 21 et 28 mars 2004 risqueraient bien de faire pencher la balance vers cette seconde lecture plutôt favorable au pouvoir central qui se trouve jusqu'aux échéances électorales prochaines en situation de cohabitation d'un genre nouveau avec le pouvoir local².

Tout en respectant cette double lecture qui ne peut être écartée du centre du débat, au risque de fausser l'exacte couleur de nos

tableau, la continuité de la tendance centralisatrice de l'administration » : Cf. *Droit administratif*, 1960, 272.

¹ L'alinéa 3 de l'article 72 modifié précise : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

² Lire la déclaration de politique générale de J.-P. RAFFARIN du 5 avril 2004 (gouvernement Raffarin III), dans laquelle l'on peut aisément remarquer un changement de ton dans la mesure où la décentralisation est à peine évoquée. Lire cependant l'intervention de Jean-Pierre RAFFARIN in *Les échos* du 20 avril 2004 « Décentralisation : le courage de moderniser la France ». Le Premier ministre affirme qu'il a « trop de respect pour le fait régional pour varier [...] au motif que la majorité des conseils régionaux serait maintenant passée à gauche ». Lire également « Au fil de la semaine, Questions à... » M. VERPEAUX. Dans cette entrevue, le professeur VERPEAUX parle des régions comme d'« une sorte de force d'opposition, avec des compétences étendues » (*AJDA*.13.2004.684).

Hiam Mouannès

institutions, nous nous proposons de construire cette réflexion sur les éléments intrinsèques au pouvoir réglementaire local désormais constitutionnalisés. Ainsi nous centrerons notre contribution d'une part sur la volonté manifeste du gouvernement de renforcer la libre administration locale (I). Et, d'autre part, sur l'étendue de cette liberté qui va jusqu'à greffer à cet objet constitutionnel principal –comme pour mieux le renforcer– un nouveau socle juridique (autre nouvel objet constitutionnel) accessoire certes, mais aux conséquences ô combien redoutables, la possibilité de déroger aux normes nationales (aussi bien réglementaires que législatives) (II).

I – La volonté de renforcer la libre administration locale (principe de subsidiarité)

Le concept de « subsidiarité » bien connu au niveau des institutions européennes est aussi une règle instituée par la loi d'orientation du 6 février et le décret du 1^{er} juillet 1992, portant charte de la déconcentration. En effet, la déconcentration renforcée dix ans après les lois Defferre consiste à confier les missions de l'Etat aux services déconcentrés, à l'exception de celles « qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu d'une loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial »¹.

Le principe de subsidiarité dans le cadre de la décentralisation existait également. Le législateur reconnaît aux assemblées délibératives la compétence de régler les affaires de leurs collectivités. Pour cela, elles disposaient et disposent toujours d'une « clause générale de compétence ».

Désormais inscrit dans la constitution (art. 72 alinéa 2), ce principe prend aujourd'hui une autre ampleur. La liberté de « décider » de tout ce qui peut être décidé au niveau territorial devient une règle constitutionnelle. Pourrions-nous même en tirer une première conséquence institutionnelle, celle de considérer que la *réglementation* locale devient la règle, le pouvoir réglementaire nationale, l'exception.

¹ Voir la circulaire du 31 mars 1992 relative à l'application de la loi du 6 février 1992 ; voir aussi, *RFDA*, 1003, p. 1 et 223.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

La réflexion s'inscrit ici dans le cadre de la signification de cette avancée constitutionnelle qui est celle –pour les collectivités territoriales– de « pouvoir décider d'une manière autonome » soit directement (A) soit par voie référendaire (B).

A - Un nouveau pouvoir réglementaire exercé par les conseils élus par la CT

Aux termes des articles 34 et 72/2 C il appartenait et appartient (72/3) toujours au législateur de poser les conditions de la libre administration. Avant la LC du 28 mars 2003, il appartenait au seul législateur de décider de cette libre administration, en l'occurrence de fixer les *domaines* (le champ matériel) dans lesquels les collectivités territoriales pouvaient intervenir. La constitution ne lui posait, à cet égard, pas de limites particulières.

En réalité, aussi bien le juge administratif (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* et CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise*¹) que le juge constitutionnel (DC 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*²) se sont toujours efforcé à garantir l'*effectivité* du principe de libre administration, le considérant comme un *droit fondamental*³ dont les collectivités sont les sujets (DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*). Un contrôle maximum de la nécessité et de la proportionnalité des restrictions apportées à cette libre administration a donc toujours été exercé. Le juge s'est toujours attaché à garantir un seuil minimal de compétences, de moyens juridiques et même de ressources aux collectivités décentralisées. Ainsi, dans une décision n° 91-298 DC du

¹ Cf, « Les grands arrêts du droit de la décentralisation », respectivement n° 1 et 4 ; v. aussi *AJDA*, 1985.271, note J. MOREAU et *RFDA*, 1985.367, note DOUENCE et observations L. FAVOREU ; *RFDA*, 1997.948, concl. L. TOUVET ; *JCP*, 1997.IV.2127.

² Voir également, décision CC n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse* ; et décision CC n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*.

³ Un « droit fondamental » ne signifie pas ici nécessairement une « liberté fondamentale » mais plutôt un « principe d'organisation ». Ainsi, les CT doivent pouvoir seulement « agir » librement dans le cadre de la loi.

Hiam Mouannès

24 juillet 1991, il n'hésitait pas à considérer que les mesures prises par le législateur ne doivent pas avoir pour effet de restreindre les ressources des collectivités au point d'entraver leur libre administration¹.

Ceci dit, l'intervention du juge ne permettait aucunement d'empêcher le législateur mais de l'accompagner. Ainsi, sur le plan de la gestion locale, le Conseil d'Etat mettait en évidence la distinction entre d'une part la notion restrictive d'« affaires locales » et celle extensive « d'intérêt public local » pour privilégier, le plus souvent la seconde². En effet, la première suppose –comme le note Laurent Touvet– une « approche finaliste » traduisant davantage des « objectifs » que des « domaines » et, de ce fait, est susceptible de faire une lecture extrêmement large des compétences des collectivités territoriales³.

Or, les dispositions du second alinéa de l'article 72 modifié fixent désormais le/un cadre général d'intervention des collectivités territoriales donnant un sens constitutionnel beaucoup plus large à la « libre administration » qui va au-delà de la simple « gestion » des affaires quotidiennes⁴ pour atteindre la « réglementation » locale, voire, la « libre réglementation » locale.

¹ Voir sur cette décision du Conseil constitutionnel, « Les garanties constitutionnelles du pouvoir financier local », L. PHILIP, *RFDA*, mars-avril 1992.

² L'article L. 2121-29 CGCT, issu de la loi du 5 avril 1884, précise « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune/ [...] / Le conseil municipal émet des vœux sur tous les objets d'intérêt local ». Voir sur ce point la note de Laurent TOUVET, ss. CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise* ; lire aussi ses conclusions ss. ce même arrêt in *RFDA*, 1997.948.

³ Même source, Laurent TOUVET, ss. CE 11 juin 1997, *Département de l'Oise*.

⁴ Lire L. FAVOREU et A. ROUX, « La libre administration des CT est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du CC*, n° 12.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Les juges constitutionnel et administratif habitués –dans le silence ou l’ambiguïté du texte¹– à statuer plutôt de façon pragmatique et équilibrée dans le but de favoriser une « bonne administration du territoire » sont désormais, sur ce point, tenus de prendre en considération le second alinéa de l’article 72 de la constitution modifiée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. De ce fait, aussi bien le législateur que le juge devraient respecter ce nouveau cadre d’intervention et par suite, procéder sous l’angle téléologique pour privilégier nécessairement la seconde notion à la première. La distinction serait ainsi d’ores et déjà effectuée –non entre « affaires locales » et « intérêt public local »– mais plutôt entre affaires publiques « par nature d’intérêt local » qui peuvent, de ce fait, être mieux gérées à l’échelon local (donc compétences locales) et « fonctions régaliennes » qui demeurent dans le cadre des compétences de l’Etat².

Ceci est d’autant plus sûr que le constituant n’a pas hésité à constitutionnaliser au profit des collectivités territoriales la notion de « pouvoir réglementaire » local tout à la fois général et autonome (art. 72/3). De quoi s’agit-il réellement ? A notre sens il ne s’agit certainement pas d’une tautologie quelconque qui se veut insister sur la libre administration. Certes s’agit-il pour le constituant dérivé de préserver la possibilité –pour les collectivités territoriales– de prendre des décisions de nature administrative, voire réglementaire. Mais ce principe existait déjà (ancien art. 72/2). Ce qui est significatif dans cette réforme, c’est la constitutionnalisation d’une compétence générale de *décider* librement de la réglementation à l’échelon (la Cité) local (art. 72/2).

¹ Voir notre contribution relative à la « contestation de la loi par et devant le CE », in *Revue de la Recherche Juridique*, Presse universitaire d’Aix-Marseille, n° 3-2003.

² Le Premier ministre considère à juste titre que la décentralisation ainsi réformée rendra l’Etat « *plus fort sur ses missions principales* » et renforce « *l’efficacité de l’action publique sur le terrain* » (Cf. J.-P. RAFFARIN, « Décentralisation : le courage de moderniser la France », *Les échos* du 20 avril 2004, p. 17).

Hiam Mouannès

Il serait ici intéressant de relire la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984¹ pour remarquer de pair, certes la continuité dans l'action institutionnelle par l'existence déjà ancienne d'un pouvoir réglementaire local, mais aussi la mutation dans la nature de ce nouveau pouvoir attribué aux collectivités territoriales.

En effet, le pouvoir réglementaire existant *de facto* avant la loi constitutionnelle 2003 n'avait pas –il me semble– la même nature que celui reconnu par l'article n° 72/3. Le pouvoir réglementaire que les juges administratif et constitutionnel s'efforçaient à protéger s'entendait comme un pouvoir *résiduel* intrinsèquement lié à la nécessité de « s'administrer » librement et qui était nécessairement de nature « attributive »². De ce point de vue il est évident que dès lors que la constitution reconnaissait aux collectivités territoriales le pouvoir de « s'administrer librement », elle leur laissait *ipso facto* la possibilité d'exercer un certain pouvoir réglementaire inhérent à cette administration sans préjudicier au pouvoir réglementaire national du Premier ministre reconnu à l'article 21 de la constitution. De ce fait, ce pouvoir – nécessairement local et permettant *a fortiori* au règlement étatique d'intervenir dans le cadre de la mise en œuvre des principes posés par la loi – ne pouvait en aucun cas être ni général ni autonome (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*³).

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 83-168, DC du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale* (Cf. *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*) ; v. aussi, *RDP*, 1984.687, chron. L. FAVOREU.

² Soit que les collectivités agissent en tant que « chef de service », soit que le législateur les autorise à prendre les mesures d'application de la loi sous réserve de respecter les critères fixés par la norme législative concernée (CE Ass, 2 décembre 1994, *Cne de Cuers*, Cf., *RFDA*, 1996.105, note FAURE) soit enfin que la loi ne renvoie pas à un décret le soin de préciser les modalités » (CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*).

³ Cf. *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, n° 1.9 et *AJDA*, 1985.271, note J. MOREAU.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Dans sa décision du 17 janvier 2002, relative au *statut de la Corse*¹, le Conseil constitutionnel rappelle le lien de cause à effet entre d'une part, les dispositions de l'article 72 selon lesquelles « les collectivités territoriales de la République [...] s'administrent librement [...] » et, d'autre part, la possibilité pour le législateur « de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi » (Cons. 12). Il s'agit sans le moindre doute d'un pouvoir réglementaire certes, mais strictement attributif et maîtrisé par le législateur.

En revanche, si le pouvoir réglementaire constitutionnalisé en 2003 garde le même « objet » dans la mesure où il permet aux collectivités territoriales de « s'administrer librement », il n'a plus la même « nature ». Il se veut une vocation plus large et n'est d'ailleurs –encore une fois– que la cause et l'effet des compétences désormais élargies des collectivités territoriales. En effet, dans la mesure où le constituant attribue une compétence générale aux collectivités territoriales leur permettant de décider de « l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à l'échelon local », il était naturel que cette « clause générale de compétence » soit accompagnée d'un « moyen » institutionnel approprié. Il s'est donc nécessairement agi d'un véritable pouvoir réglementaire non *résiduel* mais *général* et lié aux compétences qui sont désormais dévolues aux collectivités –non par la loi– mais par la constitution. Par suite, le législateur ne pourra rester en-deçà de ce que le constituant a octroyé aux collectivités territoriales.

Si nous osons la comparaison, nous dirions qu'à l'instar du gouvernement qui dispose, depuis 1958 (art. 34 et 37 C) de la possibilité d'intervenir dans toutes les matières qui n'ont pas un caractère législatif (parce que ne faisant pas partie des domaines précisés à l'article 34 C), et dispose, de ce fait, et pour ce faire, d'un *pouvoir réglementaire national autonome* ; nous pourrions de même considérer –les mêmes causes entraînant les mêmes effets– que

¹ Décision du CC n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative au statut de la Corse*.

Hiam Mouannès

chaque collectivité territoriale bénéficie de la compétence réglementaire dans toutes les matières qui n'ont pas un caractère national et/ou qui ne touchent pas au cadre des compétences des autres collectivités. Par suite, chaque collectivité dispose désormais, et de par la constitution, d'un *pouvoir réglementaire* non attributif mais *général* et *autonome* bien que seulement *local*, sous réserve des fonctions « régaliennes » et des conditions d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti qui demeurent exclusivement dans le cadre des compétences de l'Etat¹.

B - Ou directement par les électeurs locaux : le référendum local décisionnel

Les « collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » (72/2). Or, ces mêmes collectivités, et aux termes de l'article L. 1111-2 CGCT, « constituent le cadre institutionnel de la *participation des citoyens à la vie locale* et garantissent *l'expression de la diversité* ». Ainsi, le référendum local décisionnel nouvellement établi et également constitutionnalisé, constitue le pendant, voire un des fondements de la légitimation du pouvoir réglementaire local susceptible d'être, depuis cette réforme

¹ Il y aurait à partir de cette répartition par domaine (les « *compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre* » à l'échelon local) une autre répartition, par échelon celle-ci. Ainsi, en vertu de l'article 72/5 modifié de la constitution, qui prévoit une nouvelle notion de « chef de file », il existerait un échelon « mieux placé » pour intervenir dans tel ou tel domaine. En effet, évoquant le projet de loi relatif aux libertés et responsabilités locales, le professeur VERPEAUX montre que la répartition des compétences se fait par niveau : « aux régions les compétences d'orientation, aux départements les politiques de solidarité et aux communes les politiques de proximité », sachant que, aux termes de l'article 99 A du projet, la commune a vocation « à assurer, à égalité de droits avec la région et le département, les responsabilités qui sont exercées localement » (Cf. *AJDA*, 13.2004.685, *op. cit.*).

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

constitutionnelle, « l'expression de la volonté générale » des citoyens locaux.

Il serait d'emblée intéressant de souligner le sens de la consultation référendaire prévue au nouvel article 72-1 de la constitution. Celui-ci se trouve profondément transformé dans la mesure où cette nouvelle technique de démocratie directe se veut impliquer réellement les électeurs locaux dans la vie de leur collectivité, aussi bien la région, le département ou la commune (cette dernière garde par ailleurs la possibilité de demander leur avis aux électeurs sur une question faisant partie des compétences de l'assemblée délibérante).

En effet, le référendum local institué par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne consiste pas à simplement *solliciter l'avis* des électeurs de la collectivité territoriale (libre ensuite aux autorités de suivre ou de ne pas suivre cet avis, qui n'est donné qu'à titre *consultatif*, quelque soit le résultat de la consultation) mais à *soumettre à la décision*, donc à l'approbation des « électeurs de la collectivité » concernée « tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité » (LO.1112-1 CGCT).

La loi organique du 1^{er} août 2003¹, reprise par le CGCT précise les modalités d'organisation de ce référendum. L'assemblée délibérante peut soumettre à référendum les projets de délibération –*que* les projets de délibération mais *tout projet* de délibération– tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité (art. LO.1112-1 CGCT), sans toutefois empiéter sur les compétences ni de l'exécutif de la collectivité ni des autorités locales ou nationales.

Cette attribution n'est cependant pas exclusive des conseils élus au suffrage universel direct. Le référendum local décisionnel peut être initié aussi bien par l'autorité exécutive locale que par les électeurs eux-mêmes². En effet, l'exécutif local peut, seul, proposer à

¹ LO n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relatif au référendum local, reprise par l'article LO. 1112-1 à LO. 1112-7 CGCT et décret n° 2004-194 du 24 février 2004 (*JO* 2 mars 2004, p. 4232).

² La consultation des électeurs locaux peut également –aux termes de l'article 73 de la constitution– être décidée par le président de la République.

Hiam Mouannès

l'assemblée délibérante de la collectivité concernée de soumettre à référendum local *les* projets d'acte relevant de ses attributions, à l'exclusion des attributions qu'il exerce au nom de l'Etat et ceux qui ont un caractère individuel¹. Les électeurs peuvent aussi « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante » d'une question relevant de la compétence de leur collectivité².

Ainsi, tout en octroyant aux collectivités territoriales un pouvoir réglementaire local et autonome inhérent à l'exercice de leurs compétences, le nouvel article 72-1 y associe les électeurs de celles-là. Les électeurs locaux peuvent, d'une part et par l'exercice du droit de pétition, « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante [...] d'une question relevant de sa compétence », et, d'autre part, être invités par les élus de leur collectivité à se prononcer sur un projet de délibération ou d'acte relevant de la compétence de celle-ci.

La signification de ces dispositions législatives et constitutionnelles est double. D'une part elles impliquent le « citoyen national » dans le processus décisionnel relatif à l'administration de

Voir sur l'application de la consultation locale à l'OM : CE, 4 décembre 2003, *M. Feler*, note M. VERPEAUX, *AJDA*, 11.2004.594.

¹ Article LO.1112-2 CGCT.

² Nous aurions pu évoquer ici le premier référendum d'initiative populaire qui vient d'être organisé (le 25 avril 2004) dans la commune de Saint-Rémy-de-Provence. Sauf que, d'une part, il s'agit d'un référendum consultatif intervenu en application de la loi de février 1995, et, d'autre part, c'est le maire sortant, Hervé CHERUBINI, qui a dû tirer toutes les sonnettes du village pour obtenir la signature d'au moins 20 % des électeurs inscrits dans la commune. Le maire de cette commune, Lucien PALIX souhaitait détruire l'école primaire existante pour en reconstruire une nouvelle, la population locale, elle, désirait réhabiliter l'école sans la détruire. 75,7 % des 50,2 % des électeurs qui se sont déplacés ont repoussé le projet du maire. Cf. *France Info* du 25 avril 2004, *Libération* du 26 avril et *Le Monde* du 27 avril de la même année. Ce qui est intéressant dans cet événement qui n'a apparemment pas assez intéressé les médias, c'est le fait que, sans être juridiquement tenu par les résultats de ce scrutin, le maire est allé encore plus loin dans l'interprétation de la volonté des électeurs de sa collectivité, en présentant sa démission, le 29 avril.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

sa collectivité et dans la gestion des affaires qui le concernent directement et au plus près de sa « paroisse ». De l'autre, et par voie de conséquence, elles « réveillent » en lui une nouvelle « citoyenneté », d'ordre local celle-ci, qui se superpose, sans l'entacher¹, à la citoyenneté nationale. Nous aurions pu inverser l'ordre de cette prise de conscience. Sauf que la forte participation des électeurs aux dernières élections régionales de mars 2004 (plus de 60 %) nous a confirmé dans notre idée. En effet, les électeurs « régionaux » n'ont pas cherché à exercer un quelconque devoir civique *régional*². Ils ont voulu réagir contre l'action/inaction (selon) du pouvoir *central*. Pour l'électeur régional il s'agissait avant tout d'un enjeu national. La pratique ultérieure du pouvoir local ferait-elle le reste³.

En tout état de cause nous osons considérer qu'il s'agit probablement d'une (voire de la plus) significative avancée de la décentralisation en France. En effet, aussi bien la « clause générale de compétence » que le pouvoir réglementaire local général et autonome dont disposent les collectivités territoriales, se trouvent ainsi naturellement assortis et, par suite, renforcés (au moins théoriquement) par la possibilité de faire appel aux premiers intéressés, les électeurs de la collectivité⁴.

Or, inviter les électeurs locaux à être aussi impliqués, c'est en réalité donner un sens concret et fort au pouvoir réglementaire local

¹ Madame le professeur Anne-Marie Le POURHIET émet de sérieuses réserves sur ce qu'elle appelle la citoyenneté « entièrement à part » dans les DOM TOM et ce, par opposition à la citoyenneté « à part entière ». Cf. A.-M. Le POURHIET, « DOM, l'assimilation en questions », in *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 12.

² A l'exception notable des électeurs de la région Poitou-Charente où la candidate (et actuelle autorité exécutive) Ségolène ROYALE a mené une campagne intégralement locale.

³ L'exemple du premier référendum local d'origine populaire organisé, le dimanche 25 avril 2004, dans la commune de Saint-Rémy-de-Provence, ne peut être invoqué ici pour les raisons que nous avons évoquées *supra*.

⁴ Nouvel article 72-1 de la constitution. Voir aussi, LO n° 2003-705 du 1^{er} août 2003, *op. cit.*

Hiam Mouannès

ainsi légitimé. La constitutionnalisation de ce dernier serait de ce point de vue, à la fois un moyen et une finalité. Un moyen d'armer tout en le légitimant le nouveau pouvoir des collectivités territoriales, et une finalité consistant à favoriser la maturation et des collectivités territoriales et des citoyens locaux¹ en les chargeant d'une part non négligeable des responsabilités locales.

Ceci étant, le caractère unitaire de l'Etat demeure –jusqu'à nouvel ordre– préservé et ce, dans la mesure où la décision de la collectivité territoriale d'organiser un scrutin par lequel les électeurs locaux sont invités à prendre des décisions de nature réglementaire doit préalablement être transmise au représentant de l'Etat qui peut, le cas échéant, et s'il estime la délibération illégale, la déférer au TA. Il peut même assortir son recours d'une demande de suspension (art. LO.1112-3 CGCT et L.521-1 CJA). Ainsi, le droit de regard exercé à travers le contrôle administratif de légalité se veut éviter tout éventuel empiétement sur les compétences de l'Etat ou de son représentant² et, en l'occurrence, tout risque de dérapage et de réquisition de la souveraineté par « une section du peuple »³.

¹ Dans sa contribution « le référendum local et la constitution » (*Cahier du CC*, n° 12), le professeur Michel VERPEAUX précise néanmoins qu'une « lecture stricte de l'article 72 semble interdire que les électeurs [...] aient une quelconque attribution directe dans la libre administration des collectivités territoriales ». Comparant l'article 72 à l'article 3 C, il précise que si le constituant l'avait souhaité, il aurait pu rédiger ainsi l'article 72 : les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus « *et directement par les électeurs* ». M. GUILLAUME-HOFNUNG (cité par M. VERPEAUX) précise quant à lui que l'article 72 n'exclut pas la compétence des électeurs mais pose la *compétence de principe* des élus.

² Voir sur ce point mais relativement au référendum consultatif : CAA Lyon, 13 mai 1988, *Commune de Charvieu-Chavagneu* (AJDA.11.1998.940) et TA Grenoble, 16 août 2001, *Préfet de la Haute-Savoie*.

³ A cet égard faut-il préciser que la LO.1112-7 CGCT exige un taux de participation minimale de 50 % des électeurs inscrits pour valider le référendum local. Donc, outre l'obtention d'une majorité des suffrages exprimés, cet article fait obligation que cette consultation référendaire mobilise au moins la moitié des électeurs inscrits. Cette disposition auquel le Sénat tenait particulièrement a fait l'objet d'un large débat à l'AN. Le Sénat

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

L'étendue de la liberté d'administration locale va jusqu'à greffer au pouvoir réglementaire local –comme pour mieux le renforcer– la possibilité de déroger aux normes nationales (aussi bien réglementaires que législatives). Celle-ci serait-elle en quelque sorte le corollaire de l'autonomie locale réglementaire. Elle se veut –comme le préconisait le chef de l'Etat– « lancer la révolution de la démocratie locale »¹.

II – Est accompagnée d'un pouvoir de déroger aux normes nationales

La souveraineté nationale appartient *au peuple* qui l'exerce –non seulement par ses représentants mais aussi– par voie référendaire. Or, le peuple visé à l'article 3 de la constitution est compris dans son sens abstrait, il s'agit du peuple en tant qu'entité collective et indivisible. D'ailleurs, le second alinéa de ce même article précise clairement qu'« aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

La loi « est votée par le Parlement » (art. 34 C) et, aux termes de l'article 21 de la Constitution, seul le Premier ministre « exerce le pouvoir réglementaire » (sous réserve de l'article 13 C).

Ce qui signifie que la loi « expression de la volonté générale » ne peut être l'expression des collectivités territoriales et encore moins celle des électeurs locaux. Le même raisonnement vaut pour le pouvoir réglementaire national qui, exercé par le Premier ministre, est

avait imposé d'emblée ce taux de participation de 50%, dans une logique de primauté accordée aux élus, c'est-à-dire une démocratie locale essentiellement de nature représentative : « tout projet de référendum doit respecter le pouvoir de décision, qui ne doit appartenir qu'aux élus » (Cf., Daniel HOEFFEL, rapport sur le PLO relatif au référendum local, séance du 4 juin 2003 ; Cf. *AJDA*.35.2003.1865). Par ailleurs les collectivités territoriales ne peuvent utiliser la procédure référendaire dans certaines circonstances prévues à l'article LO.1112-6 CGCT, comme par exemple pendant la campagne organisée pour un référendum national (art. 11 et 89 C) ou encore six mois avant le renouvellement de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée.

¹ V. *supra*.

Hiam Mouannès

censé s'appliquer sur l'ensemble du territoire national à l'ensemble des citoyens.

Or, la volonté du constituant du 28 mars 2003 de révolutionner la démocratie locale s'exprime au-delà –et à partir– du pouvoir réglementaire local général, par la possibilité désormais reconnue aux collectivités territoriales de déroger aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale au profit des aspirations et nécessités locales. Il s'agit, en élargissant ainsi le sens et les effets du pouvoir réglementaire local de permettre aux collectivités –il nous semble– de se « gouverner » librement en fonction des besoins de chacune.

C'est ce qui a probablement justifié ce nouveau regard sur les conditions d'exercice de la souveraineté nationale qui peuvent désormais être, certes à titre expérimental, déléguées aux représentants –non de la nation– mais de la collectivité territoriale concernée.

L'idée est ici de montrer que la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local a engendré des moyens propres à la rendre efficace. De ce fait –et sauf lorsque sont en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »– habiliter les collectivités territoriales à déroger aux lois ne signifie pas dessaisir le législateur national. Il s'agit simplement de renforcer l'autonomie de la réglementation locale (B). De même, qu'habiliter ces mêmes collectivités à déroger à la réglementation nationale ne se veut pas annihilatrice des pouvoirs du Premier ministre mais donner à celles-ci un maximum d'outils nécessaires à l'exercice d'un effectif pouvoir réglementaire local (A).

A - Une dérogation à titre expérimental aux dispositions de nature réglementaire

Il est bien évident qu'il ne s'agit pas pour le constituant d'abdiquer ou de déléguer *in abstracto* le pouvoir réglementaire national. La réalité du pouvoir réglementaire demeure toujours entre les mains de l'exécutif, en l'occurrence, le Premier ministre (sous réserve des dispositions de l'article 13 C pour ce qui concerne le pouvoir réglementaire national *autonome*). Ceci ne nous empêche pas de

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

constater l'existence d'une technique de dérogation à cette réglementation qui, par son caractère exorbitant à la tradition juridique (et même jurisprudentielle) française transforme le sens et la nature du pouvoir réglementaire local.

En effet, à chaque fois que le CC –préfigurant en quelque sorte la mutation faite en 2003– a eu l'occasion de reconnaître au législateur *la possibilité de confier* « à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi »¹, autrement dit, d'exercer le pouvoir réglementaire d'application de la loi, il prenait soin de montrer le caractère doublement exceptionnel de cette habilitation. A cet égard il n'a jamais manqué de rappeler d'abord l'identité « du » détenteur du pouvoir réglementaire. C'est bien le seul Premier ministre, sous réserve du pouvoir réglementaire « autonome » que le Premier ministre partage avec le chef de l'Etat. Et, ensuite, de préciser que s'il est toujours loisible au législateur de confier le soin de la mise en œuvre d'une loi (c'est-à-dire le soin de prendre des décisions réglementaires d'exécution) à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre, cette délégation ne peut être générale et absolue sous peine d'enfreindre la constitution. Les collectivités territoriales ne pouvaient aller au-delà de ce que le législateur voulait bien leur confier et à condition de ne pas préjudicier au pouvoir réglementaire national reconnu à l'article 21 de la constitution au Premier ministre².

¹ Décision du CC n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, loi relative au droit d'asile (Considérant 35).

² Décision du CC n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, loi relative au droit d'asile (Considérants 34 et 35) ; décision du CC n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative au statut de la Corse. Voir aussi, *AJDA*, 2002.100, note SCHOETTL et *RFDA*, 2002.459, note M. VERPEAUX et p. 469, note FAURE. Dans la même décision le CC impose une exception relative au domaine des droits et libertés. Cette limite relative à l'unicité des conditions d'exercice des droits et libertés publiques est reprise par l'alinéa 4 de l'article 72 modifié. Ainsi, la libre administration (avant, comme depuis 2003) ne peut conduire à ce que les conditions d'exercice d'une liberté publique puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire (Voir

Hiam Mouannès

La mutation constitutionnelle de 2003 peut être mieux mise en évidence par une lecture plus attentive et de la DC du 17 janvier 2002 et du second alinéa de l'article 72 modifié.

Dans cette décision relative au *statut de la Corse*, le Conseil constitutionnel précise que les dispositions de la loi contestée « se bornent à prévoir la procédure par laquelle l'Assemblée de Corse peut « présenter des propositions » tendant à la modification ou à l'adaptation, par les autorités compétentes de l'Etat, de dispositions réglementaires ». Ce qui signifie qu'il ne s'agit nullement d'autoriser une collectivité territoriale, dans le cas de l'espèce, la Corse, de modifier ou d'adapter elle-même la réglementation nationale relative à l'organisation et au fonctionnement de la cette collectivité. Cette compétence revient aux « autorités compétentes de l'Etat ». Ainsi, pour décider de la conformité des dispositions législatives contestées à la constitution, le Conseil constitutionnel note « que, par suite, elles ne transfèrent, par elles-mêmes, à cette collectivité aucune matière relevant du domaine réglementaire » (Considérant 9).

Ainsi, si les collectivités peuvent demander aux autorités nationales « d'adapter la réglementation nationale », elles ne peuvent, en aucun cas demander une « habilitation réglementaire ». Dans ce cas, le Conseil constitutionnel aurait censurer cette délégation qui dépasse –par sa nature même– ce dont une collectivité territoriale a besoin pour « s'administrer » librement.

Toujours dans sa décision du 17 janvier 2002, le Conseil constitutionnel va jusqu'à reconnaître à la collectivité territoriale de Corse la possibilité de « demander à être habilitée par le législateur à définir les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île ». Si l'habilitation nécessaire à l'adaptation d'une norme nationale aux spécificités locales existait déjà, elle l'était d'une manière ciblée et conditionnée. En tout état de cause elle ne pouvait consister pour le législateur à entraver l'action du titulaire du pouvoir réglementaire national. Le législateur pouvait habilitier une

décision du CC n° 84-185 DC du 18 janvier 1985 et décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (Cf. ss L. 1111-1 CGCT).

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

collectivité territoriale à prendre des dispositions réglementaires d'application de la loi (organiquement nationales), mais en considération stricte des dispositions de l'article 21 C.

La mutation constitutionnelle se manifeste dans la liberté donnée – non au législateur– mais au gouvernement-même de déléguer au profit de certaines collectivités intéressées, à titre dérogatoire et expérimental certaines de ses compétences, celles que le gouvernement jugerait susceptibles de permettre un meilleur exercice du pouvoir réglementaire *national* au niveau *local*.

Le fondement de cette mutation se trouve dans ce nouvel objet constitutionnel que représente le pouvoir réglementaire local général et autonome.

En effet, dans la mesure où les collectivités territoriales, en vertu du second alinéa de l'article 72 de la constitution « ont vocation à prendre *les décisions* pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon », et pour rendre effective ce principe de subsidiarité, il est désormais loisible au gouvernement de renforcer l'exercice du pouvoir réglementaire local général. Pour ce faire, il peut habiliter une collectivité territoriale à déroger à la réglementation nationale qui régit l'exercice de ses compétences (art. 72, al. 4), sachant toutefois que les effets ne s'imposent que sur le territoire de la collectivité concernée.

Quid du principe de « l'identité réglementaire » qui, à chaque dérogation, cèdera face à un nouveau, celui, de la « spécialité réglementaire » ? Seul l'avenir est clarificateur à cet égard. En tout état de cause, le gouvernement demeure –pour le moment et vu les résultats des élections régionales des 21 et 28 mars 2004– maître de la mise en marche de ce nouveau principe. En réalité, les décisions réglementaires –matériellement nationales et organiquement locales– prises sur le fondement de cette habilitation n'ont qu'un caractère expérimental. De ce fait, elles ne s'imposeraient, au-delà de la durée de l'expérimentation, sur le territoire de celle-ci que par la volonté même du gouvernement.

Et d'ailleurs même pendant la durée de l'expérimentation réglementaire, le pouvoir central demeure omniprésent via son

Hiam Mouannès

représentant dans le département et/ou dans la région. En effet, en amont, l'expérimentation doit être donnée par le gouvernement (et par lui seul) et, en aval, tous les actes pris dans le cadre expérimental font obligatoirement l'objet d'une « transmission au représentant de l'Etat » (LO.1113-3 CGCT).

B - Mais aussi à la loi « expression de la volonté générale »

Celui qui peut le moins ne peut pas nécessairement le plus. S'il apparaît *a posteriori* naturel que les collectivités territoriales puissent accéder à une maturité réglementaire leur permettant de se prendre réellement en charge, rien ne serait plus étranger à l'idée de leur reconnaître un quelconque embryon d'émancipation à l'égard de la loi censée, seule, exprimer la volonté de la nation dans son unicité et son indivisibilité.

Cependant, l'Etat possédant « la compétence de ses compétences » peut souverainement décider de son avenir organisationnel. Or, si l'objectif de « l'organisation décentralisée de la République » est de favoriser l'émancipation (qui ne veut pas dire autonomie absolue et encore moins souveraineté) des collectivités territoriales et si le moyen principal mis à la disposition de celles-ci se manifeste à travers un pouvoir réglementaire local désormais général et autonome, assorti d'éventuelles habilitations d'exercer un pouvoir réglementaire (matériellement national), rien n'empêche ce même Etat à aller plus loin entamant une démarche autrement plus audacieuse.

Tout est question de finalité¹ mais aussi, voire surtout d'équilibre entre la nécessité de soumettre tout le territoire national à la même loi votée par les représentants de la nation dans son indivisibilité et l'indispensable prise en considération des différences de situations entre les différentes parties du territoire. L'idée consiste à ne plus imposer arbitrairement une loi à l'ensemble du territoire sachant que celle-ci peut être d'un bénéfice certain, voire excellent sur le territoire

¹ Osons-nous dire, depuis le 28 mars 2004, question de circonstances. Cependant, il s'agit là, à juste titre, d'un probable frein à l'évolution décentralisatrice puisque le pouvoir central se trouve dans un nouveau cas assez original de cohabitation avec le pouvoir local.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

d'une région et néfaste pour une autre. Il ne s'agit plus non plus de dessiner abstraitement –au niveau national– une politique publique locale (dans les champs économique, social et culturel) mais une pluralité de politiques publiques locales, chacune prenant en considération les besoins réels de chaque collectivité (rurale, urbaine, frontalière, etc.)¹.

Or, la question qui se pose concerne l'identité de ou des autorités les mieux à même d'y répondre. En effet, dès lors qu'il s'agit de considérer les différentes situations pour leur adapter les traitements appropriés, il serait désormais judicieux d'associer les collectivités territoriales au processus législatif. Les élus locaux, enracinés dans leurs collectivités et censés bien connaître les capacités, besoins et aspirations de leurs mandants seraient avec le législateur « de droit commun » bien placés pour participer à la confection de cette pluralité de politiques publiques.

Nous y voilà. Désormais et aux termes du 4^{ème} alinéa de l'article 72 modifié², les collectivités territoriales sont susceptibles d'être habilitées à déroger à la loi nationale et ce, à l'échelon local, à titre expérimental et dans un domaine strictement lié à l'exercice de leurs compétences.

¹ Dans sa décision du 17 janvier 2002, le CC considère que les compétences attribuées par le législateur au profit de la Corse prenaient en considération les « caractéristiques géographiques et économiques » de cette collectivité. Par suite et dès lors que ces compétences nouvelles n'intéressent pas les « conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques », « les différences de traitement qui résultaient de ces dispositions entre les personnes résidant en Corse et celles résidant dans le reste du territoire national ne seraient pas constitutives d'une atteinte au principe d'égalité » (Cons. 29). Par ailleurs et dans la même décision, le CC précise qu'il n'y a pas non plus rupture d'égalité en faveur des employeurs de main-d'œuvre agricole installés en Corse en raison de la situation « dégradée » des exploitants agricoles en Corse justifiant que le législateur accorde une aide « fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec le but d'intérêt général poursuivi par le législateur ».

² LO n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 reprise par le CGCT, art. LO.1113-1 à LO.1113-7.

Hiam Mouannès

Or, habiliter les collectivités à déroger aux lois ne signifie aucunement dessaisir le législateur national mais donner un nouveau sens au concept de partenariat entre l'Etat (à travers ses représentants dans le département et la région et le contrôle de légalité) et la périphérie mais aussi rendre la réglementation locale plus adaptée aux besoins locaux, donc plus juste.

Il ne s'agit en aucune manière de *transférer* une ou des matières relevant du domaine de la loi au profit des collectivités territoriales. Le Parlement demeure le titulaire unique du pouvoir législatif. D'ailleurs si l'on revient à la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002, l'on s'aperçoit de l'attachement de la Haute juridiction constitutionnelle (article 34 oblige) à cet exercice exclusif du pouvoir législatif par les représentants de la nation (au risque de censure pour incompétence négative).

Ce qui est visé à l'article 72 C c'est un nouveau processus d'expérimentation intimement lié –il me semble– à la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local. Contrairement à l'expérimentation législative locale existante qui, elle, est liée au processus législatif parlementaire.

En effet, l'expérimentation législative en vigueur avant la réforme 2003 n'a pas –par sa nature même– vocation à favoriser l'émancipation des collectivités. Son objectif est de permettre une meilleure adaptation et par suite, une meilleure qualité de la loi « nationale ». Cette expérimentation qui ne peut être exercée que par le législateur lui-même garde un caractère « national ». Elle est susceptible de prendre naissance sur le territoire d'une ou de plusieurs collectivités, mais a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national. Lorsque le législateur « de droit commun » décide de déroger aux lois en vigueur sur le territoire d'une ou de plusieurs collectivités dans un objectif expérimental, il cherche nécessairement à tester certaines réformes à l'échelon local avant de les étendre, le cas échéant, sur l'ensemble du territoire (la loi est ainsi la même pour tous)¹.

¹ Voir notre contribution « La nouvelle décentralisation : un régionalisme émancipateur », *Droit Ecrit*, n° 3, 2002.115.

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

Dans sa décision du 17 janvier 2002¹, le Conseil constitutionnel a eu d'ailleurs à se prononcer sur le sens de cette expérimentation « législative » qui n'appartient qu'au Parlement et ne peut, en aucun cas, être confiée à d'autres autorités de l'Etat, en l'occurrence les collectivités territoriales, au risque de méconnaître le principe de la souveraineté nationale au sens des articles 3 et 34 de la constitution. En effet, la loi déferée au Conseil constitutionnel ouvrait au législateur –à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps– « la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi ». Or le législateur ne disposant pas des compétences de ces compétences, ne peut ni rester en deçà ni aller au-delà des prescriptions constitutionnelles. En l'occurrence, il ne pouvait pas décider de se décharger de ses (ou d'une partie de ses) compétences. Seule la constitution peut l'inviter à effectuer des habilitations de ce genre². Chose qu'elle n'avait pas prévu à l'époque des faits et qui a justifié que le CC censure la disposition incriminée.

Le législateur l'a rêvé pour la Corse, le constituant dérivé l'a fait pour toute la France. En effet, la réforme décentralisatrice de 2003 autorise désormais le législateur à déléguer (par voie d'une habilitation limitée) certaines de ses compétences aux collectivités. Il est bien évident que seuls sont visés ici les domaines qui « régissent l'exercice [des] compétences [des CT] » (art. 72, al. 4).

Il est intéressant de souligner qu'ici aussi, il s'agit pour le constituant de donner son plein effet à la « libre administration » c'est-à-dire au pouvoir de réglementation locale désormais constitutionnalisés. Ce dont il s'agit ici c'est d'un véritable pouvoir législatif local, certes *dérogatoire, expérimental et limité dans le temps* et

¹ Considérants 18 et 20.

² Aux termes de l'article 38 de la constitution, le gouvernement et lui seul « peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Malgré la LC du 28 mars 2003, cet état du droit n'a pas été modifié. L'habilitation visée par la décentralisation 2003 concerne l'*expérimentation*.

Hiam Mouannès

favorisant une effective « libre administration » des collectivités. Mais, à la différence de l'expérimentation législative existante, la nouvelle compétence législative locale expérimentale est exercée par les collectivités elles-mêmes. Certes il ne s'agit naturellement que d'une *dérogation* fondée sur une habilitation du législateur, nécessairement justifiée par des besoins locaux et nécessairement limitée dans le temps. Mais celui qui bénéficie de cette dérogation c'est la collectivité demanderesse, le législateur se retrouvant, de ce fait, dessaisie, pendant toute la durée de la délégation, des matières déléguées.

Faut-il rappeler qu'il ne s'agit pas, pour le législateur nationale de se décharger *in extenso* des compétences que la constitution lui attribue expressément : « *La loi est votée par le Parlement* » (art. 34 C). Le principe demeure que tout *transfert* de la part du législateur d'une ou de plusieurs matières relevant du domaine de la loi est toujours naturellement prohibé. Il ne s'agit que d'une *habilitation*. Et, cette habilitation législative au profit d'une ou des collectivités intéressées ne peut non plus concerner que les « dispositions législatives [...] qui régissent l'exercice de leurs compétences » (art. 72, al. 4).

Quid cette fois-ci du principe de « l'identité législative » prévu à l'article 6 de la DDHC 1789 ainsi qu'à l'article 73 de la constitution. La question est d'autant plus légitime que l'expérimentation utilisée par le législateur garde un caractère intégralement « national » à la différence de celle désormais octroyée aux collectivités territoriales dont la finalité est –si non l'émancipation de celles-ci– au moins une meilleure *adaptation locale* de la loi et qui ne peut par sa logique même être étendue –sauf volonté contraire du législateur– sur l'ensemble du territoire. Dans ces conditions, nous sommes en mesure de supposer que –sous réserve des conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques qui doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République– un jour, la loi, par la volonté du législateur et des collectivités territoriales, risque de ne plus être la même pour tous sur tout le territoire.

« Etre » libre, et par voie de conséquence, « s'administrer librement » par la voie d'une réglementation autonome extensible, voici le fondement de ce nouvel objet constitutionnel que représente

Constitutionnalisation du pouvoir réglementaire local ?

le pouvoir réglementaire local avec pour corollaire l'expérimentation réglementaire et/ou législative.

En définitive, allant à contre sens de l'idée du professeur Verpeaux¹, nous considérons que le principe constitutionnel de la *libre administration* « conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs » n'est plus seulement un *moyen* « d'asseoir des droits et libertés », il devient une finalité en soi.

Ceci étant, seules la pratique institutionnelle et les nouvelles données politiques issues des futurs rapports de force sur le terrain, en l'occurrence, au sein du couple Etat-régions sont susceptibles de nous apporter sa véritable signification au pouvoir réglementaire local désormais à valeur constitutionnelle. Ainsi de deux choses l'une, soit il dépassera les espérances de ses auteurs au point de devenir un outil d'impulsion favorisant une effective démocratie de « proximité »². Soit il sera neutralisé faute de moyens et d'ambition réels. Dans ce cas nous serions dans une évolution purement virtuelle.

¹ Le professeur Michel VERPEAUX considère que « la libre administration peut être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs ». Il s'agirait pour lui d'un moyen « d'asseoir des droits et libertés » sans pour autant constituer une finalité en soi (tout comme la séparation horizontale des pouvoirs d'ailleurs). Note sous l'arrêt, CE 18 juin 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli*.

² A cet égard faut-il considérer l'hypothèse qu'un jour, le Conseil constitutionnel soit saisi d'une loi restreignant la liberté de réglementation locale telle que prévue à l'article 72 deuxième et troisième alinéa. La haute juridiction ne pourrait dans ce cas –nous semble-t-il– se borner d'une lecture limitant l'action des collectivités territoriales à la simple « administration ». Attendons !

LE REFERENDUM LOCAL COMME NOUVEL OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**par André Viola,
maître de conférences en droit public
à l'Université des sciences sociales de Toulouse**

Parmi les avancées notables réalisées par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, on peut relever la mise en place de nouvelles procédures de démocratie directe locale.

En effet, il semble que le constituant ait voulu faire une place particulière à la démocratie dite « de proximité » au travers du nouvel article 72-1¹. Trois procédures ont ainsi été instaurées.

Tout d'abord, le constituant a conféré aux « électeurs de chaque collectivité territoriale » un droit de pétition leur permettant de « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de leur collectivité d'une question relevant de sa compétence ». Ce droit de pétition, qui jusqu'à cette date n'appartenait qu'aux citoyens français devant le Parlement², officialise finalement une pratique qui s'était développée depuis de nombreuses années.

Ensuite, le constituant a prévu que le législateur pourrait décider de consulter, « dans le but de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, [...] les

¹ Il est à noter que d'autres procédures de démocratie de proximité ont été développées à l'égard de l'outre-mer sur lesquelles nous ne nous attarderons pas puisqu'une intervention est consacrée à l'outre-mer dans le cadre de ces journées d'études.

² Voir l'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958.

André Viola

électeurs inscrits dans les collectivités intéressées »¹. Il pourra en être de même lorsqu'il sera envisagé de modifier les limites territoriales de ces collectivités.

Enfin, et c'est sur ce point en particulier que nous allons nous arrêter, le constituant a instauré un véritable référendum local. En effet, l'article 72-1 alinéa 2 dispose : « dans les conditions prévues par la loi organique², les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité ». Nous utilisons l'expression de « véritable référendum local » car, pour reprendre la classification du professeur Viguier³ distinguant les référendums (qui confèrent un pouvoir de décision au peuple) des simples consultations (laissant le pouvoir de décision aux représentants du peuple), il faut bien souligner que la constitution ne reconnaissait jusqu'alors cette faculté qu'aux citoyens français dans leur ensemble, pour des questions concernant l'ensemble du pays (article 3 de la constitution de 1958)⁴.

Au plan local, des lois avaient prévu la faculté de consulter les populations sur des questions précises, comme nous le verrons plus loin, mais jamais il n'avait été accordé de pouvoir direct de décision aux populations locales. Ou plutôt, car il convient d'être très précis sur cette question, il existe un cas très limité dans lequel un référendum local est prévu : il s'agit des fusions de communes, chères au président Roussillon, prévues par la loi du 16 juillet 1971.

¹ Trois consultations ont déjà eu lieu sur cette base. On fait référence ici à la consultation organisée en juillet 2003 en Corse pour la création d'une collectivité unique regroupant les deux départements et à celles organisées en Martinique et en Guadeloupe pour la création d'une collectivité unique regroupant à chaque fois le département et la région. Dans ces trois consultations, le « non » l'a toujours emporté.

² Loi organique du 1/08/2003.

³ J. VIGUIER, « Premières expériences de référendum communal », *R.F.D.C.*, 1996, p. 441 et s.

⁴ Il faut mettre à part ici la procédure prévue à l'article 53 alinéa 3 de la constitution de 1958 concernant ce que l'on a coutume aujourd'hui d'appeler le « référendum d'autodétermination ».

Le référendum local

En effet, cette loi prévoit qu'en cas de projet de fusion entre plusieurs communes, la majorité qualifiée des conseils municipaux concernés ou le préfet peuvent demander de consulter les électeurs sur l'opportunité de cette fusion. Dans le cas où la majorité absolue des suffrages exprimés, représentant un quart des électeurs, ne s'est pas prononcée en faveur de la fusion, celle-ci ne peut être décidée. En outre, aucune commune ne peut être contrainte à fusionner si la consultation fait apparaître que deux tiers des suffrages exprimés, représentant au moins la moitié des électeurs inscrits dans cette commune, ont manifesté leur opposition à la fusion. Comme le souligne M. Verpeaux, « cette consultation était ainsi à la fois la seule procédure organisée par le législateur, et le seul cas où la volonté des électeurs avait valeur de décision »¹.

Il a donc fallu attendre la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 pour qu'un nouveau seuil soit franchi avec la constitutionnalisation du référendum local à l'article 72-1. Avec cette loi constitutionnelle, le référendum local a enfin obtenu sa reconnaissance, une reconnaissance qui ne s'est cependant pas passée sans heurt. En effet, face aux réticences d'un certain nombre d'élus soucieux de préserver la démocratie représentative, des limites importantes ont été posées aux référendums locaux au travers de la constitution, limites qui ont été précisées ensuite par la loi organique du 1er août 2003.

Nous allons donc évoquer dans une première partie l'avènement du référendum local au travers de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, avant de nous pencher, dans une seconde partie, sur les limites qui ont été posées dans le but de « préserver » au maximum la démocratie représentative.

I - La loi constitutionnelle du 28/03/2003 ou la consécration d'un véritable référendum local

Après une évolution législative lente et difficile (A), la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 consacre le référendum local dont

¹ M. VERPEAUX, « Le référendum communal devant le juge administratif : premier bilan », *Revue Administrative*, 1996, n° 289, p. 95.

la « réglementation » a été précisée par la loi organique du 1er août 2003 (B).

A - Un avènement lent et difficile

Le référendum local instauré par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 est l'un des éléments du dispositif créé par le constituant pour renforcer la démocratie de proximité. Il en est très certainement l'élément central et constitue une avancée considérable dans ce domaine.

En effet, comme nous l'avons vu précédemment, il n'existait pas jusqu'en 2003 de procédures de référendum local (à l'exception de la loi du 16 juillet 1971¹). Les populations locales pouvaient être consultées, mais celles-ci n'avaient pas de pouvoir de décision qui restait entre les mains des organes délibérants des collectivités territoriales. Seul le peuple français, dans sa totalité, disposait au titre de l'article 3 de la constitution de 1958 d'un tel pouvoir de décision. Pourquoi une telle limite ?

Les arguments avancés ici sont multiples, mais ils recouvrent tous la volonté de préserver la démocratie représentative au détriment de la démocratie participative. Un retour sur le débat qui se déroula en 1978 nous éclairera suffisamment sur l'état d'esprit des parlementaires sur ce sujet.

Le conseil des ministres du 10 décembre 1978 avait adopté un projet de loi² qui instaurait deux procédures, l'une purement consultative et l'autre de type référendaire sur toute affaire de compétence communale à l'exception du budget³. Cette dernière disposition a été rejetée à une très forte majorité par le Sénat au nom d'arguments d'ordre constitutionnel.

¹ Il convient de mettre à part le référendum dit « d'autodétermination » de l'article 53 alinéa 3

² Projet de loi « BONNET-BECAM » intitulé « Développement des responsabilités locales ».

³ ... à condition que le texte soit adopté par la majorité absolue des suffrages exprimés représentant le quart des électeurs inscrits.

Le référendum local

En effet, pour les sénateurs, mais également pour une partie de la doctrine à l'époque, l'article 72 alinéa 2, combiné à l'article 3 de la constitution de 1958, interdisait tout référendum local. Pour eux, l'article 3 devait être interprété très strictement, ne conférant qu'au peuple, dans sa globalité, le pouvoir de se prononcer par référendum. De plus, l'article 72 alinéa 2 posant le principe selon lequel « les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils d'élus » interdirait « aux conseils municipaux d'abandonner leur compétence au profit de la population, le -par- signifiant alors qu'il ne saurait y avoir d'autres autorités que les conseils pour administrer »¹.

Cette interprétation a soulevé bien évidemment des critiques, certains auteurs ne manquant pas de souligner que d'autres autorités, différentes des assemblées délibérantes, administreraient les communes, en l'occurrence le maire, ce qui ne remettait pas pour autant en cause le principe de l'article 72 alinéa 2. Quelle que soit l'interprétation donnée, force est de constater que les sénateurs se sont appuyés sur cet argument juridique pour justifier leur refus de voir les populations locales s'immiscer dans les décisions communales. Or, cette interprétation nous semble quelque peu abusive. Toutefois, les deux interprétations étaient envisageables car, s'il est vrai que la constitution à l'époque ne prévoyait pas explicitement la possibilité d'avoir recours aux référendums locaux, elle ne l'interdisait pas non plus de façon formelle.

Le seul espoir d'avoir une réponse claire sur l'interprétation à donner à ces articles de la constitution aurait été de disposer d'une décision du Conseil constitutionnel. Pour ce faire, il aurait fallu qu'une loi instaurant une procédure de référendum local lui soit déférée. Mais cela n'a jamais été le cas. En effet, la seule loi instaurant un tel référendum, la loi du 16 juillet 1971, a été promulguée et publiée le jour même où le Conseil constitutionnel prenait la fameuse décision² qui allait lui permettre d'exercer désormais un contrôle beaucoup plus poussé qu'auparavant. Elle fut donc certainement

¹ M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 98.

² CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 71-44 DC du 16/07/1971, « Liberté d'association ».

André Viola

L'une des dernières lois adoptée pendant la période où le Conseil constitutionnel était encore considéré comme un « chien de garde de l'exécutif ».

Les lois postérieures portant sur la démocratie de proximité n'ont jamais instauré de référendum local, la représentation nationale refusant de franchir le pas. Toutefois, on aurait pu espérer, à l'occasion notamment de deux lois mettant en place des consultations locales, que le Conseil constitutionnel donne quelques précisions.

La première de ces lois était la loi du 6 février 1992. Elle permettait aux maires ou au tiers d'un conseil municipal dans les communes de plus de 3 500 habitants (la moitié dans les communes de moins de 3 500 habitants) de prendre l'initiative d'une consultation des électeurs inscrits. La loi du 4 février 1995, pour sa part, prévoyait la possibilité du recours à une consultation sur l'initiative d'au moins 20 % des électeurs inscrits pour les seuls dossiers concernant des opérations communales d'aménagement. De plus, elle étendait l'utilisation de la procédure de consultation posée par la loi de 1992 aux structures intercommunales dans le cadre, là aussi, d'opérations d'aménagement.

Marquant une avancée dans le cadre de la démocratie de proximité, ces lois reflétaient cependant la crainte des élus qui ont multiplié les procédures et ont pris « de multiples précautions pour éviter toute dérive »¹, préservant au mieux la démocratie représentative au nom de limites constitutionnelles évoquées ci-dessus. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ces procédures, celui n'ayant pas été saisi pour se prononcer sur la loi du 6 février 1992 et n'ayant pas été saisi, eu égard à la loi du 4 février 1995, de la question portant sur la procédure de consultation².

¹ J. BAGUENARD et J.M. BECET, *La démocratie locale*, P.U.F., Que sais-je ?, 1995, p. 121.

² M. VERPEAUX souligne cependant au passage que le Conseil constitutionnel aurait pu « se saisir d'office de cette question en vertu de son pouvoir de contrôle de l'ensemble de la loi qui lui est soumise » (M.

Le référendum local

Cependant, il faut bien relever, à ce stade, que toutes les initiatives visant à utiliser une procédure de référendum au plan local qui ont été prises en dehors de tout texte législatif ont été censurées par le juge administratif. C'est ainsi que le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a annulé le 2 août 1982 la délibération du Conseil général de la Réunion qui avait décidé de consulter la population réunionnaise en se fondant sur l'article 72 : « aux termes de l'article 72 de la constitution, lesdits départements comme toutes les collectivités territoriales de la République, s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi [...] ».

Au total, on peut conclure cette analyse en soulignant effectivement que la constitution ne prévoyait à aucun moment de consultation directe des électeurs au plan local. Mais, contrairement à ce que certains pensaient, il ne semblait pas non plus que la constitution interdisait l'utilisation d'une telle procédure, et ce malgré l'article 72. Il a fallu attendre la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 pour qu'une clarification soit réalisée.

B - Le champ d'application du référendum local de l'article 72-1 de la constitution de 1958

En effet, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a mis en place à l'article 72-1 de la constitution une procédure de référendum local. Ceci constitue une innovation majeure pour laquelle le gouvernement s'est fortement engagé. Seule d'ailleurs une volonté forte, affichée par l'exécutif, pouvait vaincre les réticences des parlementaires et notamment des sénateurs devant lesquels le Premier ministre a tenu à montrer sa détermination en lançant : « nous sommes attachés au référendum territorial, car il rendra la République accessible aux citoyens. On ne peut décentraliser sans leur donner la parole [...] Les décentralisateurs et les girondins n'ont pas peur de la consultation populaire ! Les démocrates et les républicains n'ont pas peur de l'expression populaire ! La décentralisation, c'est la confiance faite au

VERPEAUX, « Le référendum local et la constitution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 125).

André Viola

peuple ! C'est elle qui modernisera notre République ! Notre démarche s'inscrit dans cette logique de confiance »¹.

Grâce à cet engagement fort, les parlementaires ont accepté l'idée d'un référendum local, non sans envisager, comme on le verra dans la seconde partie, un certain nombre de « verrous » visant à préserver au maximum la primauté de la démocratie représentative sur la démocratie participative. Ils ont donc accepté que le « peuple » au plan local (pour utiliser pour l'instant un terme générique) puisse avoir un pouvoir décisionnel et non simplement un rôle consultatif comme auparavant. Certes, ce sont les élus locaux et eux seuls, comme on le verra plus loin, qui ont l'entière liberté de décider de donner la parole, ou pas, à ce peuple. Mais cela constitue déjà une importante avancée. Il convient désormais d'étudier un peu plus dans le détail le champ d'application de cette nouvelle procédure.

Tout d'abord, on peut relever que toutes les collectivités territoriales sont concernées par cette procédure, c'est-à-dire les communes (qui étaient les seules visées par la loi du 6 février 1992), les départements, les régions, les collectivités d'outre-mer et enfin les collectivités à statut particulier. Sont donc exclues de cette procédure les structures intercommunales qui pourtant étaient visées par la loi du 4 février 1995. Cette question des structures intercommunales a d'ailleurs fait l'objet de discussions au Parlement. On aurait pu penser que, levant l'impôt comme les collectivités territoriales, ces dernières auraient pu utiliser la procédure du référendum local. Mais une telle procédure, dans ce cadre, comportait un risque que M. Clément², député, ne manqua pas de souligner. En effet, un tel référendum au plan intercommunal aurait « pour conséquence de permettre de faire trancher par la population un différend entre communes membres et groupements ; les légitimités démocratiques étant différentes, l'instauration de ce référendum décisionnel n'apparaît pas souhaitable ». Cependant, au-delà de cet argument, il semble, selon

¹ J.P. RAFFARIN, séance plénière, Sénat, 29/10/02.

² Rapport de M. CLEMENT au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République.

Le référendum local

nous, que cette « exclusion » relève plus de la volonté des parlementaires, la plupart du temps également élus locaux, de ne pas donner plus de légitimité aux structures intercommunales face aux collectivités territoriales et relève de la même démarche que celle qui consiste à refuser de voir les délégués intercommunaux élus au suffrage universel direct, ce qui peut sembler pourtant logique pour une collectivité ayant le pouvoir de prélever l'impôt.

De plus, il faut noter que tous les actes des collectivités territoriales ne peuvent pas faire l'objet d'un référendum. En effet, la loi organique du 1 août 2003 exclut les actes individuels des actes susceptibles de faire l'objet d'un référendum. Selon M. Schoettl¹, « le régime des actes individuels est incompatible avec une décision référendaire, tant du point de vue de la procédure inhérente à ces actes, qu'en raison du risque de démagogie ou d'atteintes aux droits individuels que peut comporter le recours au référendum ». De même, il convient de remarquer que le référendum ne pourra porter, bien évidemment, que sur les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence de la collectivité territoriale concernée pour éviter d'empiéter sur la compétence d'une autre collectivité territoriale².

Un important débat s'est ouvert au moment de la discussion du projet de loi constitutionnelle au sujet des personnes qui pourraient participer au référendum. Plusieurs formules pouvaient être envisagées. En effet, on aurait pu ouvrir le référendum à toute la population résidant sur le territoire de la collectivité territoriale concernée ou bien encore le limiter aux seuls électeurs inscrits sur les listes électorales de cette collectivité. C'est cette seconde formule qui a

¹ E. SCHOETTL, note sous la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique du 1/08/2003, *Les Petites Affiches*, 25/09/2003, n° 192, p. 12.

² Cela paraît logique même si certains ont contesté cette limitation. En effet, Mme BLANDIN dans la séance du Sénat du 5 novembre 2002 s'indigna face à cette limite : « comment cette situation sera-t-elle tenable ? [...] Comment expliquerez-vous aux habitants et aux élus de Chamonix qu'ils n'ont pas voix au chapitre sur l'enfer qu'est devenue leur vie quotidienne ? ».

été retenue. Plus précisément, peuvent participer au référendum les « personnes inscrites sur les dernières listes électorales rendues publiques dans le ressort géographique concerné, sous réserve des inscriptions tardives mais à l'exclusion des inscriptions d'office des jeunes »¹.

Une question particulière s'est posée à l'égard des ressortissants communautaires. En effet, ces derniers pouvant participer aux élections municipales en tant qu'électeurs mais aussi en tant que candidats (sans pouvoir être maires ou adjoints), il semblait logique qu'ils puissent également participer aux référendums à l'échelon communal. C'était d'ailleurs l'avis du Garde des sceaux, D. Perben, lors du débat à l'Assemblée nationale², qui renvoya à la loi organique le soin de préciser ce point. Ce qui fut fait, la loi organique précisant que pour les référendums municipaux, les ressortissants communautaires figurant sur la liste complémentaire établie pour les élections municipales pouvaient prendre part au vote.

On peut regretter au passage, selon nous, que le législateur n'ait pas retenu la formule ouvrant la participation aux référendums locaux à toute la population concernée, c'est-à-dire à toute la population résidant sur le territoire de la collectivité engageant le référendum, sans référence à la nationalité. Il n'aurait pas été choquant que toutes les personnes concernées puissent s'exprimer pour des décisions concernant finalement la vie quotidienne. Mais il est vrai qu'ouvrir une telle opportunité aux étrangers résidant en France (y compris aux ressortissants communautaires au niveau des collectivités territoriales pour lesquelles ils n'ont pas encore le droit de vote), aurait ouvert immédiatement le débat sur leur droit de vote aux élections locales, ce que le législateur ne semblait pas prêt à faire.

Enfin, et pour en finir avec l'analyse du champ d'application du référendum local en France, il convient de souligner que le législateur organique a prévu un certain nombre de limites dans le temps empêchant toute organisation de référendum. En effet, sont interdits les référendums locaux durant la campagne officielle précédant les

¹ E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 12.

² D. PERBEN, séance plénière, Assemblée nationale, 22/11/2002.

Le référendum local

élections générales, les référendums nationaux ou les autres référendums locaux ainsi que dans les six mois précédant le renouvellement de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée. De même, les délibérations portant organisation d'un référendum local sont caduques si des élections générales anticipées interviennent ou si le mandat des membres de l'assemblée délibérante concernée était interrompu suite à une dissolution, une démission collective ou une annulation de l'élection par le juge. Enfin, la loi interdit qu'un nouveau référendum portant sur la même question se tienne dans un délai d'un an.

Au total, on s'aperçoit qu'un certain nombre de règles ont été posées pour encadrer le référendum local, règles qui sont pour le moins nécessaires pour assurer le bon déroulement de la consultation. Cependant, il faut bien relever à ce stade que d'autres limites ont été posées par le pouvoir constituant et le législateur organique, limites dont le but était de préserver au maximum la démocratie représentative face au développement de la démocratie participative.

II - Une procédure strictement encadrée

Si les élus, garant de la démocratie représentative, ont admis le développement de la démocratie participative au plan local, c'est à la condition d'en maîtriser entièrement l'initiative (A) et d'une forte mobilisation des populations concernées (B).

A - Une initiative « maîtrisée »

En effet, les parlementaires, ardents défenseurs de la démocratie représentative, ont franchi un grand pas en mars 2003 en acceptant de faire une place à l'expression directe du peuple¹, à la démocratie participative, au plan local. Malgré les réticences multiples qui avaient eu l'occasion de s'exprimer au cours des années précédentes, et grâce à la pression de l'exécutif, le référendum local a été admis, on

¹ On emploiera désormais le terme générique de « peuple » pour des commodités de langage, même si juridiquement, il conviendrait de parler « des électeurs inscrits sur les listes électorales des collectivités territoriales concernées ».

devrait plutôt dire toléré, tant les parlementaires, du moins certains, ont marqué peu d'enthousiasme.

Cependant, force est de constater que les parlementaires ont posé un certain nombre de limites, de blocages, preuves de leur réticence à donner largement la parole au peuple. C'est pourquoi les parlementaires ont souhaité que les élus locaux maîtrisent entièrement l'initiative d'un référendum local : donner la parole au peuple, certes, mais de façon volontaire et non contrainte. C'est ainsi que l'initiative d'un référendum local appartient exclusivement aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales¹. Ils ont donc par-là même exclu l'initiative populaire, procédure qui aurait permis au peuple de se saisir lui-même d'une question, à tout moment.

On aurait pu évoquer cette question de l'initiative précédemment, dans le cadre de l'étude du champ d'application du référendum local, mais nous avons préféré traiter cette question à part car elle symbolise parfaitement les réticences des élus face à l'expression directe du peuple.

Pourtant, l'initiative populaire avait été instaurée dans le cadre de la loi du 4 février 1995 sur « l'aménagement et le développement du territoire ». En effet, selon cette loi, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales communales pouvait prendre l'initiative d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales.

Limitée, cette procédure avait le mérite d'exister et constituait à l'époque « une innovation essentielle [...] » rendant « [...] légitime et concevable l'initiative populaire jusque là exclue »². Certes, on était loin de l'initiative populaire telle que l'on peut la connaître en Suisse ou aux Etats-Unis, mais cela pouvait être considéré comme un bon point de départ ouvrant la voie à de futurs développements.

¹ Il convient de relever avec M. SCHOETTL, que, même lorsque l'acte soumis au référendum est un acte de l'exécutif, il revient à ce dernier de prendre certes l'initiative de la consultation mais il doit s'assurer de l'accord de l'assemblée délibérante (E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 11).

² M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum*, L'Harmattan, 1997, p. 222.

Le référendum local

Or, il n'en a rien été avec la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Non seulement l'initiative populaire n'était pas présente dans le projet initial du gouvernement, mais elle n'a quasiment pas fait l'objet, de plus, de débat au Parlement. C'est certainement parce que la concession était déjà grande pour les élus (admettre de conférer un pouvoir de décision direct au peuple) qu'ils n'ont pas souhaité (dans un premier temps ?) aller plus loin. Ce qui a pu nous faire dire, en parodiant l'intervention du Premier ministre citée ci-dessus, que finalement la décentralisation n'était pas « la confiance faite au peuple » mais la confiance « limitée » faite au peuple¹.

Loin de nous l'idée d'idéaliser l'initiative populaire. Comme le souligne fort justement Mme Belloubet-Frier², « la formule de l'initiative populaire, la meilleure sans doute, ne représente peut-être pas pour autant la quintessence parfaite de la démocratie directe. Elle nécessite un fort investissement en temps et en argent et risque d'appartenir de fait à des antennes locales de grands partis politiques ». La crainte de beaucoup d'élus, face à l'initiative populaire, est de voir des groupes de pression « professionnels » s'emparer du débat démocratique et de cette procédure pour bloquer le système.

Si des inconvénients existent³, il semble cependant que l'on aurait pu les faire disparaître, ou tout au moins les minimiser, en prévoyant un encadrement strict de la procédure. On aurait pu envisager par exemple la nécessité d'obtenir un nombre conséquent de signatures pour pouvoir lancer une initiative populaire, d'empêcher une même personne de signer plusieurs initiatives dans un certain délai, ... bref un certain nombre de verrous qui auraient permis d'éviter tout dérapage.

¹ Voir notre article « La démocratie directe locale en question », *L.P.A.*, 1/08/2003, p. 11 et s.

² BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, 1996, n° 77, p. 173.

³ Voir même des dangers comme le souligne M. FATAIN-ROUGE STEFANINI dans son article « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *R.F.D.C.*, 2003, n° 53, p. 78 et s.

André Viola

Mais le débat sur ces possibles limites n'a pu avoir lieu, les parlementaires n'ayant pas envisagé cette formule qui pourtant aurait constitué une avancée supplémentaire sur le chemin de la démocratie participative. A la place, ils ont préféré institutionnaliser le principe du droit de pétition au plan local.

Nous disons « à la place », car même si les constituants n'envisageaient pas à l'origine que ce droit de pétition puisse se substituer à l'absence d'initiative populaire, il pourrait s'avérer à l'usage que cette nouvelle procédure puisse être utilisée dans ce but.

En effet, l'article 72-1 alinéa 1 prévoit que les électeurs inscrits sur les listes électorales d'une collectivité territoriale disposeront d'un droit de pétition leur permettant de demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante concernée d'une question relevant de sa compétence¹. Ce système se rapproche de celui qui existe au plan national au travers de l'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 au bénéfice du peuple à « l'encontre » de l'Assemblée nationale.

Dès lors, on pourrait imaginer que le peuple utilise demain ce droit de pétition pour demander à une assemblée délibérante d'inscrire à son ordre du jour la saisine pour référendum du peuple sur une question donnée. Le peuple pourrait ainsi, de façon détournée, faire la proposition aux élus d'organiser un référendum, élus qui bien évidemment disposeraient d'une entière liberté de décision. Car, comme le souligne le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique concernant le référendum local paru dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*², « le référendum local n'est jamais une obligation, même en présence

¹ Il est à noter que, dans le projet initial du gouvernement, la pétition devait déboucher sur l'inscription obligatoire de la question posée à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante. Mais, sur ce point, les parlementaires se sont accordés pour réduire la portée du droit de pétition en laissant à l'assemblée délibérante la liberté de décider de donner suite ou pas à la pétition, et ce dans le souci constant de préserver au maximum la démocratie représentative des « débordements » du peuple.

² *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2003-482 DC du 30/07/03 sur la loi organique relative au référendum local.

Le référendum local

d'une pétition des électeurs en ce sens, et alors pourtant que le premier alinéa de l'article 72-1 de la constitution institue un droit de pétition ».

C'est pourquoi il nous semble qu'il eut été préférable d'envisager directement une procédure d'initiative populaire. Car, même si les parlementaires ont tout fait pour préserver la liberté de choix des élus, on voit mal une assemblée délibérante refuser l'inscription à l'ordre du jour d'une question qui lui aurait été soumise par le biais d'une pétition, y compris si celle-ci demande l'organisation d'un référendum...

Le pas franchi cette fois en acceptant l'instauration d'un référendum décisionnel était peut-être suffisamment grand pour ne pas aller plus loin pour l'instant. Gageons qu'une nouvelle étape sera franchie dans les années à venir car il serait selon nous tout à fait envisageable d'avancer sur le chemin de la démocratie participative en instaurant une initiative populaire au plan local, initiative populaire qui devrait cependant faire l'objet, c'est une absolue nécessité pour sa crédibilité, d'une réglementation stricte.

Mais nous n'en sommes pas encore à ce stade et les limites posées à la démocratie participative restent encore nombreuses. C'est ce que nous allons voir en évoquant pour finir les conditions de validation des référendums locaux qui ont été posées par les parlementaires.

B - Les conditions de « validité » du référendum local

En effet, les parlementaires, lors de l'examen de la loi organique, ont décidé de poser des conditions pour valider les résultats d'un référendum local. Cela avait été envisagé au cours des discussions autour de la loi constitutionnelle, mais il avait été décidé de renvoyer cette question « technique » au niveau de la loi organique. Ces conditions sont au nombre de deux.

Tout d'abord, le projet soumis au référendum est considéré comme adopté s'il réunit au moins la majorité des suffrages exprimés, ce qui paraît être tout à fait justifié.

De plus, et c'est une condition supplémentaire, il faudra qu'au moins la moitié des électeurs ait pris part au référendum. Ce point a

André Viola

fait l'objet d'un débat entre les parlementaires, non pas sur le fondement de cette condition, qui était admis par tous, mais sur le seuil qui devait être fixé pour valider le référendum.

En effet, les députés avaient une position un peu plus souple, considérant que le seuil de 33 % de participation était suffisant pour valider un référendum local. Les sénateurs, pour leur part, ont préféré relever le seuil à 50 %, ce à quoi les députés se sont finalement ralliés et ce malgré quelques réticences de la part du gouvernement¹.

Comment justifier cette volonté de fixer un seuil de participation pour valider le résultat d'un référendum local ? La réponse nous est donnée par M. Duprat qui considère que cette décision s'inscrit « dans la logique de primauté accordée aux élus, c'est-à-dire une démocratie locale essentiellement de nature représentative »². Les propos du sénateur D. Hoeffel sont d'ailleurs très clairs : « tout projet de référendum local doit respecter le pouvoir de décision, qui ne doit appartenir qu'aux élus... L'action des élus locaux est soumise à suffisamment de contraintes et de procédures pour qu'elles ne soient pas davantage alourdies. L'autorité des élus doit être préservée »³.

Ainsi, les référendums locaux qui n'atteindront pas les 50 % de participation ne seront pas validés. Cela ne signifie pas qu'ils n'auront aucune valeur mais qu'ils perdront leur caractère de référendum en perdant leur caractère décisionnel. Un référendum local qui n'atteindra pas le seuil de 50 % de participation ne revêtira plus alors qu'une valeur consultative (au même titre qu'une consultation organisée sous l'empire de la loi du 6 février 1992).

Le risque, avec une telle condition restrictive, est que peu de référendums locaux soient validés dans l'avenir. Ainsi, l'avancée amenée par la loi constitutionnelle de mars 2003 risque d'être de

¹ Le ministre délégué P. DEVEDJIAN soulignant dans la séance de l'Assemblée nationale du 15 juillet 2003 : « le référendum local a un aspect pédagogique et il convient d'éviter que le droit inscrit dans la constitution n'ait qu'un caractère formel ».

² J.P. DUPRAT, « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1/08/03 », *A.J.D.A.*, 20/10/03, p. 1865.

³ D. HOEFFEL, séance du Sénat du 4/06/2003.

Le référendum local

portée réduite. Finalement, grâce à ce seuil de participation, les sénateurs ont souhaité garder au maximum le pouvoir de décision comme il le détenait encore avec la loi de février 1992. Mais cette limite ainsi posée peut se retourner contre la démocratie représentative.

En effet, refuser de valider une décision prise par référendum dès lors que 50 % de la population ne se seraient pas déplacés consisterait à considérer que le résultat n'est pas suffisamment « légitime » pour avoir force de décision. Mais alors que doit-on penser de la décision prise par une assemblée délibérante qui aurait été élue avec moins de 50% de participation ? Doit-on considérer cette délibération comme une simple suggestion, un simple avis ?

En imposant un tel seuil, la démocratie représentative s'expose à une remise en cause importante. Pourtant, le fait de prévoir un seuil ne nous paraît pas critiquable. Cela paraît logique pour donner une assise sérieuse au résultat du référendum. Il serait d'ailleurs envisageable d'imposer un tel seuil pour valider une élection. Ce qui est critiquable, dans l'espèce, c'est plutôt le niveau du seuil qui est fixé suffisamment haut pour permettre au maximum aux élus de garder leur liberté de choix (même si parfois eux-mêmes n'ont pas été élus lors d'une élection ayant déplacée plus de 50% des électeurs...).

Le seuil proposé par l'Assemblée nationale (33 %) nous semblait plus judicieux. Il évitait de rendre la procédure de référendum obsolète avant même d'avoir été utilisée. En revanche, la mise en place du référendum local aurait pu être l'occasion de mettre en place un système permettant de comptabiliser les bulletins blancs comme bulletins exprimés. Cette mesure aurait renforcé la légitimité du résultat du référendum car elle rendait un peu plus difficile l'objectif d'atteindre les 50 % de suffrages. On aurait pu alors considérer que seuls les référendums donnant un résultat à plus de 50 %, en comptabilisant les bulletins blancs, avaient valeur de décision, les autres n'ayant qu'une valeur consultative. Bien évidemment, une telle mesure aurait pu servir de « test » avant sa mise en place, demandée par beaucoup d'auteurs ou de formations politiques, au niveau des élections classiques.

André Viola

Au total, on s'aperçoit que, même si les parlementaires ont franchi un grand pas en admettant le principe des référendums locaux, ces derniers ont tout fait pour essayer d'en réduire la portée et conserver ainsi au maximum une certaine primauté au profit de la démocratie représentative. L'expérience nous dira si cette procédure réussira à s'installer dans le paysage institutionnel français ou pas. Mais, vu les réticences des parlementaires, notamment des sénateurs, représentants par excellence des élus locaux, il y a fort à parier que cette procédure sera peu utilisée... sauf quand l'issue du référendum sera quasi certaine et qu'elle confortera la position des élus en place. Ce qui est d'ailleurs aujourd'hui un peu le cas de la procédure de référendum « national » prévue à l'article 11 de la constitution de 1958...

Il faudra encore quelques années avant que la France puisse être vraiment qualifiée de démocratie semi-directe. Espérons que la révision constitutionnelle de mars 2003 constituera un premier pas sur ce chemin.

LA CONSECRATION CONSTITUTIONNELLE DE L'EXPERIMENTATION JURIDIQUE : ENTRE INNOVATIONS ET IMPLICATIONS

par Amal Fadli,
attachée temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université des sciences sociales de Toulouse

Si les lois Deferre de 1982 et 1983 constituent l'acte fondateur de la décentralisation en France et ont permis la multiplication d'initiatives locales, le cadre institutionnel mis en place a rapidement soulevé des questions relatives à l'enchevêtrement des compétences, aux niveaux de responsabilités, et à la faible compensation des charges transférées.

Aussi, une nouvelle étape dans la décentralisation devait être franchie et c'est le sens du discours prononcé par Jacques Chirac le 10 avril 2002 à Rouen : « Je veux donner à notre démocratie le souffle de l'initiative, l'élan de la liberté et l'efficacité de la proximité. Entre l'étatisme jacobin et un fédéralisme importé, plaqué sur nos réalités, contraire à notre histoire comme à notre exigence d'égalité, une voie nouvelle doit être inventée. Si la France veut rester une grande démocratie, elle doit lancer la révolution de la démocratie locale et construire la République des proximités. C'est une exigence démocratique, c'est un impératif européen ». Ce discours pose ainsi, les jalons d'une nouvelle organisation des pouvoirs.

A ce dessein, ont été insérées au sein de la constitution de 1958, les conditions de mise en place de cette nouvelle architecture des pouvoirs¹. Parmi elles, le nouvel article 37-1 et le quatrième alinéa de

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

L'article 72¹ posent le principe de l'expérimentation qui apparaît comme un instrument de la réforme de l'Etat.

Traditionnellement l'expérimentation est un procédé employé par les sciences de la nature et de la vie. Elle est l'essai, l'épreuve effectué pour étudier un phénomène. En ce qui concerne l'expérimentation juridique, « elle va consister à éprouver une règle, une compétence, un mécanisme »² à petite échelle sur une ou plusieurs zones géographiques déterminées, pendant une période donnée, puis à décider soit une généralisation soit un abandon de la mesure. « Elle correspond ainsi, à la conjonction d'un espace et d'une matière car elle est, par définition, partielle. »³

Néanmoins, la rencontre de la démarche expérimentale avec la méthode juridique ne peut aller sans contradictions, ni sans conflits. En effet, « la tradition juridique française met en avant l'idée de la toute puissance créatrice du droit, du pouvoir de dire la règle de droit d'une manière incontestable, que ce soit avant son énonciation inconditionnée, ou après sa promulgation [...] Ainsi entendu, le processus de création législative s'oppose en tout point à la méthode expérimentale. En effet, à la différence de la loi qui est parée d'une légitimité *ab initio* et ce, indépendamment de son contenu, l'expérimentation relève du domaine de la recherche, du

¹ L'article 37-1 dispose que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental », le quatrième alinéa de l'article 72 prévoit que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, peuvent déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

² J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA* 29 septembre 2003, p. 1715.

³ R. DRAGO, « Le droit de l'expérimentation », *Mélanges en hommage à François Terré*, coll. Dalloz, PUF 1999, p. 231.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

tâtonnement »¹. En outre, associée à la décentralisation, l'expérimentation a suscité de nombreuses réticences que nous aurons à examiner plus loin.

Quant à la question de savoir si l'expérimentation est un nouvel objet du droit constitutionnel, tout semble laisser croire que celle-ci est une innovation de la révision de 2003, or il est un fait qu'elle existait avant sa consécration constitutionnelle. Celle-ci n'est intervenue que pour mettre un terme aux contradictions que pouvait engendrer cette technique sur le plan juridique et permettre donc une conciliation avec d'autres principes constitutionnels. En revanche, la démarche expérimentale ne va pas sans créer des incidences sur la conception du droit et de l'Etat. En effet « le système juridique mis en place depuis la Révolution française se situe aux antipodes de la méthode expérimentale [...] l'organisation hiérarchisée et centralisée de laquelle procèdent toute décision et toute loi, confère respectivement au gouvernement et au législateur la place de source unique du pouvoir ».²

Aussi nous nous attèlerons à démontrer dans un premier temps que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 n'a fait que valider la démarche expérimentale au niveau constitutionnel et qu'elle ne l'a pas créée (I) et dans un second temps que cette consécration constitutionnelle n'est pas sans porter atteinte à la conception traditionnellement admise du droit et de l'Etat (II).

I - La reconnaissance constitutionnelle de l'expérimentation ou la désacralisation de certains principes constitutionnels fondamentaux

La démarche expérimentale n'est pas inédite dans le paysage juridique français. Elle a en effet, préexisté à sa consécration

¹ Vanessa PERROCHEAU, « L'expérimentation, un nouveau mode de création législative », *Revue française des affaires sociales*, janvier mars 2000, p. 11.

² In *Décentralisation et expérimentations locales*, avant-propos de J.-L. BŒUF et C. VANHERLE, « Problèmes politique et sociaux », n° 895, décembre 2003, La documentation Française, p. 5.

constitutionnelle (A). Laquelle a eu pour objet de remédier à une éventuelle contradiction du procédé de l'expérimentation avec d'autres principes contenus dans la norme fondamentale (B).

A - La constitutionnalisation d'une pratique déjà existante

La révision du printemps 2003 et la loi organique du 1^{er} août 2003 ont signifié l'entrée dans l'ère de l'expérimentation constitutionnalisée. Ces deux textes ont eu pour objet de consacrer constitutionnellement l'expérimentation. Pour autant ils ne l'ont pas créée. Car pour ce qui est du fait de l'expérimentation, la réalité a existé bien avant sa reconnaissance constitutionnelle.

Un rapide rappel des expérimentations opérées avant ce sacre constitutionnel nous permettra de mettre en évidence un concept et une pratique qui ne sont pas inconnus du droit français. Ainsi, l'Etat a disposé d'une faculté d'expérimentation assez large dans la mesure où il a la pleine maîtrise de l'organisation de ses services.

En matière de déconcentration de 1962 à 1964, l'Etat a entrepris d'expérimenter la réorganisation des services déconcentrés de l'Etat dans le but de renforcer l'autorité du préfet¹. Après évaluation le décret du 14 mars 1964 allait généraliser la nouvelle architecture des services déconcentrés à l'ensemble du territoire.

Une nouvelle expérimentation est en cours concernant les services déconcentrés de l'Etat. Cette expérimentation vise à évaluer la mise en place d'une gestion globalisée des crédits des services préfectoraux. Ce nouveau mode de gestion vise à déléguer au préfet une enveloppe fongible comprenant outre le budget de fonctionnement courant, les crédits de personnel et d'équipement².

¹ Un décret du 10 avril 1962 devait mettre en place une nouvelle organisation des services déconcentrés au sein d'un échantillon de 4 départements dotés de caractéristiques économiques et sociologiques différentes : la Corrèze, l'Eure, la Seine-Maritime et la Vienne. Un deuxième décret, en date du 21 mars 1963 devait adjoindre à cette liste l'Isère puis un décret du 29 juillet 1963 a étendu l'expérience entreprise pour les départements aux régions de Bourgogne et de Haute-Normandie.

² Quatre préfetures ont été soumises à ce nouveau mode de gestion à compter du 1^{er} janvier 2000, le Doubs, le Finistère, l'Isère et la Seine-

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

En matière de décentralisation, des régimes expérimentaux ont également été mis en œuvre. C'est ainsi que le Conseil général d'Ile-et-Vilaine a mis en place en 1986 un complément local de ressources, qui a préfiguré la loi instaurant un RMI. Le même département a également créé en 1988, une dotation globale de développement intercommunal tendant à favoriser le partage des ressources entre les communes. Ce dispositif a partiellement inspiré les mécanismes de péréquation institués par les lois du 6 février 1992 et du 31 décembre 1993.

La loi du 25 juillet 1994 prévoyant la prise en charge des personnes âgées dépendantes a, elle aussi, donné lieu à une expérimentation dans douze départements : à cette fin des conventions ont été conclues entre les Conseils généraux concernés, le ministère des Affaires sociales et la caisse d'assurance vieillesse. Ces conventions comportent un cahier des charges prévoyant les modalités de réalisation de l'expérience et son évaluation par un comité national.

L'article 67 de la loi du 4 février 1995, a pour sa part, prévu une expérimentation dans le domaine de la régionalisation ferroviaire. Celle-ci devait débiter dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi et avait pour but de déterminer « les conditions dans lesquelles ces tâches (nouvelles) seront attribuées aux régions, dans le respect des charges imposées au citoyen ainsi que de l'égalité des aides apportées par l'Etat aux régions. »

On voit bien que la pratique expérimentale a existé avant mars 2003, seulement elle restait placée sous l'égide de l'Etat, elle pouvait concerner les collectivités territoriales mais elle ne pouvait être à leur initiative.

En effet, les contraintes du cadre constitutionnel limitaient considérablement les possibilités d'expérimentation à l'échelon décentralisé. D'où la nécessité de procéder à une révision de la

Maritime. Après évaluation du dispositif il a été étendu à 10 préfectures supplémentaires en 2001. La loi de finances pour 2003 prévoit une application du dispositif expérimentale à 29 préfectures, soit un tiers de l'ensemble. Un bilan de l'expérience est prévu avant la généralisation du système pour 2004.

Amal Fadli

constitution afin d'insérer dans la norme suprême les conditions de mise en place de l'expérimentation.

La loi constitutionnelle reconnaît désormais, dans deux articles, la validité de la démarche expérimentale : l'article 37-1 confirme la possibilité d'introduire dans la loi ou le règlement pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimentales et est une reconnaissance, dans la constitution, des pratiques de l'expérimentation par l'Etat. Par conséquent l'article 37-1 n'apporte pas un changement de nature au regard de la pratique antérieure.

Toute autre est la portée du quatrième alinéa de l'article 72 de la constitution qui autorise, quant à lui, les collectivités territoriales et leurs groupements à déroger, quand la loi ou le règlement l'a prévu, aux dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de leur compétence. Il revient désormais à la collectivité territoriale d'élaborer la norme en s'affranchissant des normes générales. L'expérimentation n'est toutefois autorisée que dans l'objectif d'une généralisation, et pour un objet et une durée limités. Alors que l'article 37-1 est une confirmation des pratiques antérieures, le quatrième alinéa de l'article 72 de la constitution ouvre des possibilités nouvelles dans le cadre d'une organisation décentralisée de la République.

Cette constitutionnalisation vise à éliminer l'obstacle soulevé par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 janvier 2002, lors de l'examen de la loi relative à la Corse, permettant à l'assemblée de Corse, d'intervenir dans le domaine législatif sur habilitation du législateur. En effet le Conseil constitutionnel a censuré la disposition en cause en estimant « qu'en ouvrant au législateur fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la constitution. »¹

¹ Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002-Loi relative à la Corse.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

Si « l'expérimentation-transfert de compétence » ne nécessitait pas une modification de la constitution, « l'expérimentation-dérogation » nécessitait la modification du cadre constitutionnel.

Comme l'indique Michel Piron dans son rapport à l'Assemblée nationale¹, « Il existe entre les deux types d'expérimentation, expérimentations-transferts et expérimentations-dérogations, une véritable différence de nature, dans le premier cas il s'agit de confier une nouvelle compétence à une collectivité et dans le second de confier à cette collectivité un pouvoir normatif intervenant dans le champ de la loi. » Alors que le premier représente un épisode courant de la décentralisation, le second est une innovation juridique qui modifie la hiérarchie des normes et exige en conséquence un encadrement suffisant. S'agissant de l'expérimentation-transfert, il n'y avait nul besoin de révision constitutionnelle s'agissant en revanche de l'expérimentation-dérogation, une révision de la loi fondamentale était indispensable.

B - La constitutionnalisation, instrument de conciliation de principes contradictoires

Le recours à la méthode expérimentale en droit ne peut aller sans créer certaines contradictions. En effet, « L'expérimentation par définition est hors norme. Le droit expérimental annoncé comme tel crée en principe un droit dérogatoire qui cohabite dans l'Etat avec un texte de droit commun qui n'est pas abrogé, instituant de fait deux régimes juridiques différents applicables au même type de situation. Autrement dit, à un moment donné, un même type de situation pourra relever d'un droit ou d'un autre selon qu'il relève du cadre dérogatoire ou du cadre commun. L'analyse de ce droit dérogatoire fait ressortir qu'il se caractérise en principe par le fait d'une part, qu'

¹ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 855) relatif à l'expérimentation par les collectivités locales, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2003, n° 955.

il est un droit applicable à un échantillon et à un champ expérimental d'autre part qu'il est un droit à durée déterminée. »¹

La reconnaissance d'un pouvoir d'expérimentation se traduit par des différenciations juridiques entre ceux qui expérimentent et ceux qui n'expérimentent pas, entre les collectivités territoriales qui décident d'exercer une nouvelle compétence à titre expérimental et celles qui s'abstiennent. Par conséquent, il semble aller à l'encontre de deux principes constitutionnels, le principe d'égalité et le principe d'unité de la République.

La jurisprudence constitutionnelle, a posé un principe d'unité catégorielle qui interdit au législateur de traiter différemment les collectivités faisant partie d'une même catégorie et le principe d'unité interdit à une collectivité territoriale de disposer d'un pouvoir normatif autonome il postule l'unité normative sur tout le territoire de la République. Or ce principe ne serait pas respecté si une collectivité locale pouvait disposer d'un pouvoir d'expérimentation qui reviendrait à un pouvoir d'adaptation de la règle.

En outre, le « sacro-saint » principe d'égalité imposant que la loi est la même pour tous, que les citoyens sont égaux à ses yeux et qui revêt une forte symbolique en France est heurté de front.

Or ces principes ont été perçus comme une garantie contre les pratiques de l'Ancien Régime. A cette époque, coexistaient de nombreux régimes juridiques différents, résultat de privilèges reconnus par les monarques successifs ou du pouvoir détenu par certains corps intermédiaires ce qui se traduisaient par un morcellement juridique du territoire.

La constitution de 1958, comme les régimes précédents a conforté, malgré la consécration du principe de libre administration des collectivités territoriales, l'organisation unitaire et centralisé de l'Etat. Ce qui implique une application uniforme des lois et règlements dans l'espace. Mais également, l'existence d'un statut similaire pour les collectivités territoriales appartenant à la même catégorie.

¹ C. MAMONTOFF, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP* n° 2-1998, p. 355.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

En revanche, il est un fait que l'application uniforme du droit au sein de la République ne permet pas de prendre en compte la diversité des situations, et paraît ainsi inadaptée à des situations singulières. C'est ainsi qu'on a considéré que « l'expérimentation à l'échelon décentralisé constitue un moyen d'intégrer la diversité des situations et de mieux tenir compte de la complexité des problèmes économiques et sociaux. »

Aussi, peut-on estimer qu'avec l'expérimentation, on est entré dans l'ère de l'équité qui prend peu à peu le pas sur la stricte égalité. Cela dit le principe d'égalité n'a jamais fait obstacle à la prise en compte de situations particulières. Pour preuve, la très abondante jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel qui a admis qu'il était possible dans certains cas, de ne pas traiter de la même manière les usagers. Mais c'est toujours lorsqu'ils se trouvent dans des situations différentes et qu'un intérêt général le justifie¹.

Autrement dit, le principe d'égalité ne peut s'appliquer qu'à des situations identiques. Des différences de situations appréciables justifient un traitement différent.

Néanmoins, la constitutionnalisation du principe d'expérimentation donne à celle-ci une valeur juridique équivalente à celle des principe d'égalité et d'unité mais ne gomme pas la contrariété qu'il peut exister entre ces principes. Elle permettra au juge constitutionnel de juger l'équilibre entre ces deux notions a priori contradictoires, au vu de l'intérêt général.

Cette pratique qui consiste à intégrer au sein de la constitution des notions contradictoires à celles existantes au sein de celle-ci n'est pas nouvelle. En témoignent les dispositions insérées au sein de la constitution concernant le statut transitoire de la Nouvelle-Calédonie et qui visaient à neutraliser la contradiction avec des principes constitutionnels .

La révision constitutionnelle consistant à intégrer au sein de la norme constitutionnelle le principe de l'expérimentation, n'a nullement gommé la contrariété existante avec les principes de

¹ Conseil d'Etat, 10 mai 1974, Dénoyez et Chorques, *RDP* 1974, p. 467.

l'égalité et d'unité, mais vise à permettre au juge constitutionnel de concilier au cas par cas ces principes a priori contradictoires.

Dominique Perben, garde des Sceaux a ainsi indiqué que « le fait d'inscrire le principe d'expérimentation dans la constitution modifie l'équilibre entre le principe d'égalité et le principe d'expérimentation. Et c'est l'interprétation de l'intérêt général qui permettra au juge constitutionnel d'en juger, en fonction de la façon dont la loi encadrera l'expérimentation, prévoira l'évaluation... C'est un ensemble qui sera jugé par le Conseil constitutionnel.»¹

Si le principe d'expérimentation produit une incidence sur l'équilibre constitutionnel, il a aussi une influence sur les conceptions traditionnellement admises du droit et de l'Etat.

II - La démarche expérimentale ou la révélation d'une certaine conception du droit et de l'Etat.

Une représentation nouvelle de la loi voit le jour avec l'expérimentation juridique, celle-ci place l'efficacité au centre des critères d'appréciation de la norme (A). Parce qu'elle est un instrument de la réforme de l'Etat, l'expérimentation peut emporter des conséquences quant à la forme de celui-ci (B).

A - Vers une nouvelle rationalité juridique

Le principe d'expérimentation consacre une nouvelle acception du droit. Il institutionnalise un droit temporaire et manifeste d'un changement de légitimité du droit basé davantage sur la notion d'efficacité de la norme. En effet, l'expérimentation a pour objectif de tester le droit. De ce fait elle instaure clairement et ouvertement un droit expérimental, un droit à l'essai, « un droit à durée déterminée, un droit qui n'a pas pour objectif de durer mais simplement de tester un phénomène pendant un certain temps. Il établit une période expérimentale et par conséquent il a un terme. »²

¹ Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 21 novembre 2002, *Journal Officiel*, p. 5522.

² C. MAMONTOFF, précité, p. 358.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

Ce qui a pour conséquence de battre en brèche, comme le soutient Michel Piron, la thèse de l'infailibilité de la loi et du législateur, qui fait place désormais, à une vision plus réaliste du droit qui doit sans cesse appréhender des contraintes du réel multiformes et mouvantes. Les révolutionnaires pensaient légiférer pour l'éternité. L'expérimentation ruine cet idéal puisque l'expérimentation est non seulement à l'origine d'un texte d'application limitée mais de plus la norme définitive est le fruit du résultat d'un test sur un échantillon et « constitue de ce fait un aveu d'ignorance de la part de ceux qui font la règle. »¹

En outre du fait qu'elle instaure une vision plus modeste de la norme, l'expérimentation opère un renversement dans la méthode et installe par la même une norme plus empirique.

Dans le système d'évaluation traditionnelle, la méthode employée est celle de l'évaluation *a posteriori* : la norme prise pour régler un problème de société a un caractère durable, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de limitation dans le temps, elle s'applique à tous sur l'ensemble du territoire de façon générale et impersonnelle, puis on l'évalue afin de mesurer si les objectifs recherchés ont été atteints et s'il y a eu éventuellement l'apparition d'effets non attendus. Soit alors on conserve le texte, soit on l'abroge, soit encore on le modifie. Dans le système d'expérimentation, il y a essai avant la généralisation de la norme. De façon inverse l'expérimentation permet une évaluation *a priori*, c'est-à-dire avant la généralisation éventuelle du texte. La norme aurait donc un caractère de plus en plus empirique : elle s'appuierait sur l'expérience et l'observation et non plus sur la seule théorie². On assiste à une sorte d'extension de la phase préparatoire.

L'expérimentation pose la question de l'intérêt de perpétuer un cadre juridique affaibli mais, conforme en apparence aux principes républicains traditionnels, et la nécessité d'accepter d'ouvrir de nouvelles marges d'efficacité à l'autonomie locale. L'expérimentation répond ainsi à la crise politico-institutionnelle qui traduit à la fois un

¹ *Ibidem*, p. 371.

² C. MAMONTOFF, précité, p. 353.

déficit d'efficacité et un risque d'épuisement des processus démocratiques classiques.

« En effet, l'expérimentation dispose d'un avantage sur les solutions institutionnelles trop tranchées, celui de favoriser la logique de projet, la progressivité et l'évaluation. Elle nie implicitement le mythe entretenu d'une différence de légitimité par nature entre le central et le local et impose une nouvelle forme de coopération, de consentement entre les pouvoirs. »¹

L'évaluation de l'application des normes qui est inhérente à l'expérimentation permet d'introduire plus de « rationalité scientifique » dans l'élaboration et le suivi des politiques publiques car elle permet aux autorités d'appréhender les effets de la règle et d'effectuer éventuellement des rectifications.

Jacques Chevallier et Daniel Loschak soutiennent qu'à « une légitimité (de l'administration) fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre sur la conformité à la loi des conduites et des comportements, se substitue une régularité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés. »²

Pour ces auteurs « la primauté des moyens dans un système qui privilégie la stabilité des structures formelles d'organisation et d'action, fait place à la primauté des buts dans un système qui valorise le changement, l'innovation, la mobilité »³. « Le fait de favoriser l'efficacité de l'action transforme le mode de raisonnement juridique »⁴. En effet le raisonnement juridique basé sur la légalité cède la place à un raisonnement téléologique.

Il s'agit pour l'Etat d'être efficace sans quoi c'est la légitimité même de son action et de sa gestion qui risque d'être remise en

¹ B. NICOLAIEFF, « L'expérimentation, nouvelle frontière de la gouvernance ? », *Pouvoirs locaux* n° 49 II/ 2001, p. 101.

² « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'Administration publique*, n° 24, octobre-décembre 1982, p. 58.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

question. « Ainsi, l'expérimentation participe d'une nouvelle culture de gestion par le résultat qui s'introduit peu à peu dans la sphère publique française. »¹ Mais, aussi d'une nouvelle vision du rôle de l'Etat.

B - Vers un désengagement progressif de l'Etat

« Cette réforme est symptomatique d'un état d'esprit, d'une tendance peut-être historique à l'accroissement du rôle des collectivités territoriales et à un rééquilibrage des pouvoirs dans l'Etat. »²

Il paraît évident que l'expérimentation va produire des incidences sur l'Etat. En effet, une nouvelle division des pouvoirs s'opèrent. D'ailleurs, le discours de Jacques Chirac à Rouen abondait dans ce sens et indiquait qu'il fallait entreprendre une réforme de grande ampleur en vue de rénover l'organisation du territoire et repenser l'articulation des prérogatives de l'Etat central avec celles des collectivités décentralisées.

L'analyse des visées de chacune des chambres parlementaires, lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle introduisant l'expérimentation au sein de la norme fondamentale, nous montre que l'Assemblée nationale en a fait « un outil pour renforcer la légitimité de la norme nationale et la pertinence de l'action publique »³ et qu'en revanche le Sénat en a fait un moyen de reconnaître aux collectivités territoriales un pouvoir normatif nouveau, afin de les rapprocher des autres collectivités européennes⁴. Autrement dit, on glisserait vers une autre forme de l'Etat. La France

¹ J.-L. BŒUF et C. VANHERLE, précité, p. 8.

² J.-M. PONTIER, « L'expérimentation et les collectivités locales », *Revue Administrative*, n° 320 2001, p. 176.

³ Rapport PIRON, précité.

⁴ Gérard LONGUET, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales », Sénat, session extraordinaire de 2002-2003, annexe au procès-verbal de la séance du 16 juillet 2003.

ne ferait ainsi que rejoindre ses voisins européens, tels le Royaume-Uni, l'Espagne ou l'Italie, qui sans opter pour le fédéralisme, ont néanmoins fortement renforcé les prérogatives de leurs régions, au point de leur reconnaître une véritable autonomie normative.

Comme l'indique Géraldine Chavrier, le droit à l'expérimentation est au service d'un Etat modeste et l'autorise à un désengagement pragmatique par l'expérimentation de la subsidiarité¹. D'ailleurs en présentant le projet au Sénat, le Premier ministre a immédiatement expliqué que l'article 37-1 est destiné à autoriser, après expérimentation, des transferts de compétence de l'Etat vers les collectivités territoriales. Plus précisément, il doit permettre une concrétisation pratique du principe de subsidiarité qui doit déboucher sur un Etat recentré sur ses missions essentielles.

L'article 37-1 a été conçu comme un outil pragmatique visant à tester le niveau territorial pertinent de gestion d'une compétence.

En outre, la forme de l'Etat est aussi concernée par la consécration constitutionnelle d'un pouvoir normatif local. En effet, un droit à la différence de neuf ans peut être accordé aux collectivités territoriales qui expérimentent. La durée de l'expérimentation a été fixée à 5 ans prolongeable de trois ans, étant précisé que le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi se prononçant sur l'expérimentation la proroge d'un an encore pour éviter que l'encombrement du calendrier parlementaire conduise à la caducité d'une expérimentation réussie. Une telle durée, comme l'indique Géraldine Chavrier peut avoir pour objet ou pour effet d'acclimater les français aux différences normatives sur le territoire de la République décentralisée afin de les préparer à une nouvelle étape de la décentralisation, la régionalisation de l'Etat français.²

On pouvait ainsi déceler les tentations régionalistes, qui se caractérisent par l'existence d'une certaine asymétrie entre autorités locales de même niveau, dans le discours prononcé par le Chef de

¹ Géraldine CHAVRIER, « L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ? », acte du colloque *Réforme de la décentralisation, réforme de l'Etat*, tenu à l'Assemblée nationale le 22 et 23 janvier 2004, p. 3.

² Précité, p. 6.

Consécration constitutionnelle de l'expérimentation juridique

l'Etat. « Il est écrit nulle part qu'une répartition uniforme des compétences et des responsabilités sur tout le territoire national soit la meilleure garantie d'une gestion publique performante, l'expérience prouve même le contraire. »

Ce qui nous permet en définitive de penser que l'expérimentation pourrait être le cheval de Troie de la régionalisation de l'Etat français.

TROISIEME PARTIE

**LA CONSTITUTION EUROPEENNE : NOUVEL OBJET
DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE**

LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN : UN NOUVEL OBJET CONSTITUTIONNEL ?

**par Stéphane Mouton,
maître de conférences à l'Université
des sciences sociales de Toulouse**

Dans la théorie classique du droit constitutionnel, le pouvoir constituant se définit comme un pouvoir d'établissement et de révision de la constitution. Il s'agit là d'une définition certainement très générale, simple, même un peu simpliste, mais qui a le mérite de souligner immédiatement l'importance toute particulière de ce pouvoir dans l'étude de la notion de constitution. Elle met en lumière le lien consubstantiel qui existe entre le pouvoir constituant et la norme constitutionnelle puisque l'existence même et les évolutions potentielles de celle-ci sont conditionnées par la mise en œuvre de celui-là. Sans pouvoir constituant il n'existerait donc pas de constitution possible ! Par voie de conséquence une interrogation sur l'existence de ce pouvoir à l'heure où émerge une nouvelle constitution, la constitution européenne semble tout à fait naturelle.

Néanmoins, aussi inéluctable qu'il puisse paraître dans toutes réflexions relatives à la notion de constitution, le pouvoir constituant a toujours occupé une place très particulière dans le champ du droit constitutionnel. Le pouvoir constituant est-il un objet du droit constitutionnel ? Si la notion de pouvoir politique relève naturellement de ce droit, la réponse ne découle pas forcément d'elle-même pour le pouvoir constituant. La cause réside dans l'invocation de ce type de pouvoir par rapport à la constitution. Si le pouvoir politique est du ressort de la constitution, c'est parce que dans la chaîne temporelle des événements qui président à l'émergence de

Stéphane Mouton

cette norme, il apparaît postérieurement à elle. Si le pouvoir se décline en une série de compétences exercées par des autorités politiques clairement identifiées dans l'Etat constitutionnel, il n'en va pas forcément de même pour le pouvoir constituant. Certes, il peut se manifester lui aussi comme une compétence réglée par la constitution. C'est le cas du pouvoir de révision de la constitution, dit dérivé et relatif. Cependant, le pouvoir constituant peut encore se manifester comme un phénomène antérieur à la constitution. Il s'agit du pouvoir constituant originaire et absolu. Or, il s'agit d'un pouvoir tout à fait atypique parce qu'il est aussi un pouvoir de création des constitutions.

C'est essentiellement cette « face » du pouvoir constituant antérieure et extérieure à la constitution qui pose problème. Peut-elle être considérée comme un objet juridique à part entière ? N'est-elle pas au contraire un phénomène politique échappant à la rationalité du droit ? La doctrine ne cessera jamais de discuter (nous y reviendrons) de la place du pouvoir constituant par rapport à la constitution et au droit constitutionnel. D'ailleurs, d'aucuns et les plus compétents sur cette question ont pu souligner qu'il existait assurément un discours sur le pouvoir constituant, et peut-être, mais seulement peut-être, une théorie de celui-ci¹. C'est qu'il est vrai que ce pouvoir « sent le souffre » pour reprendre une expression de Burdeau.

Pourtant à l'heure de l'émergence d'une nouvelle constitution, il semblerait tout à fait cohérent d'invoquer ce pouvoir. En toute logique, ne faudrait-il pas partir de l'identification d'un pouvoir constituant pour appréhender le nouveau texte constitutionnel ? Or, partir à la recherche d'une telle notion au regard de la construction européenne et de l'émergence d'une constitution européenne peut sembler de prime abord comme une entreprise très aventureuse. Se poser la question de savoir si le pouvoir constituant européen est un nouvel objet constitutionnel dans le cadre d'une recherche plus générale sur la notion d'objet constitutionnel, peut mener à se poser la

¹ C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F. « Les voies du droit », 1996, p. 2.

Le pouvoir constituant

question de savoir s'il ne s'agit pas dans le débat juridique actuel d'un objet virtuel non identifié. Aussi est-il possible de se demander si le pouvoir constituant européen n'est pas un ovni juridique, et ce pour deux raisons au moins.

En premier lieu, la notion de pouvoir constituant européen est invisible dans le champ de la science juridique. Il s'agit d'une notion insaisissable pour les ordres juridiques tant étatiques que communautaire. Pour une raison très simple. C'est qu'il n'existe pas encore au plan européen une unité politique susceptible d'identifier en son sein l'émergence d'un tel pouvoir. Si l'Europe existe juridiquement, elle est un ensemble d'institutions régies par des traités internationaux dont le dessein jusqu'au présent projet de constitution européenne était marqué par des considérations économiques plus que politiques. En second lieu néanmoins, on sait que plane une présence susceptible de bouleverser les ordres juridiques connus. Dès lors, la question est pendante, présente avec de plus en plus d'acuité, au regard notamment des évolutions de l'Union européenne et de la très actuelle question de la constitution européenne, susceptible elle-même de donner naissance à une nouvelle génération d'Etat politique, d'un type fédéral tout à fait novateur.

I - Une émergence tardive

Jusqu'à nos jours, la question du pouvoir constituant européen n'a guère attiré l'attention. Cette absence s'explique au regard de la nature de l'Union européenne dont le développement suivait une logique d'intégration des compétences souveraines des Etats-nation (A). Cependant, l'affirmation progressive d'une Union politique suscite la nécessaire invocation de la notion de pouvoir constituant (B).

Stéphane Mouton

A - L'Union européenne : une logique d'intégration des Etats-nation

1 - Le développement d'un processus d'intégration : depuis 1957, la construction de l'Union européenne s'est réalisée par une logique d'intégration des compétences souveraines des Etats. L'Europe se trouve face à un défi tout à fait inédit car en comparaison aux autres institutions politiques existantes, l'Europe suit un processus tout à fait inverse. Elle doit se donner une identité politique après avoir une existence juridique et une réalité économique dans un environnement politique et institutionnel composé d'Etats souverains.

C'est dans cette perspective que la notion de souveraineté a été travaillée par les juridictions constitutionnelles, notamment en France. La haute juridiction a développé une jurisprudence en deux temps. Dans un premier temps, dès 1976, elle a construit une distinction entre la limitation de souveraineté, possible, et les transferts de souveraineté, normalement interdits par la constitution, réserve faite d'une révision préalable de celle-ci. Dans un deuxième temps, en 1985 elle donne naissance à une théorie dite des « atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Or, cette jurisprudence implique des transformations fondamentales de la notion de souveraineté. Elle vise à remplacer la traditionnelle conception de la souveraineté considérée comme une puissance spécifique de l'Etat, par une conception moderne, adaptée aux exigences de la construction européenne, dite de la « souveraineté compétence ». La souveraineté manifesterait toujours une puissance initiale de l'Etat. Néanmoins elle ne s'opposerait pas à un démantèlement de la notion de souveraineté à la condition que la constitution prévoit cette possibilité, ce que la conception de la « souveraineté puissance » ne permet pas. Dans cette conception en effet, la souveraineté, prérogative de l'Etat lui appartient de façon indivisible et exclusive. Il la possède et existe. Il ne la possède plus et alors il disparaît. Or, la « souveraineté compétence » autorise la pérennisation de l'Etat tout en lui permettant de se délester d'une série de compétences souveraines. Cette construction repose sur un

Le pouvoir constituant

principe selon lequel la construction politique de l'Europe s'effectue par un processus d'évidement de la souveraineté de l'Etat. Dans un phénomène de vases communicants, l'affirmation de l'Europe aurait pour corollaire l'affaiblissement de l'Etat.

2 - Les insuffisances de ce processus : une telle « re-construction » juridique du principe de souveraineté permettra peut-être le développement d'une interdépendance entre les Etats membres de l'Union européenne, mais elle ne suffira pas à donner naissance à un vrai Etat européen.

Déjà parce qu'en premier lieu, il existe une résistance dans l'enveloppe juridique d'un noyau de souveraineté puissance dans la jurisprudence constitutionnelle. Les trois conditions d'exercice s'avèrent juridiquement difficilement opérationnelles au regard de leur généralité et constituent aussi un moyen de protection de la souveraineté indépendance. De plus, il subsiste toujours dans la jurisprudence constitutionnelle une réminiscence de l'ancienne distinction entre limitation et transfert de souveraineté. Comme le soulignait le Conseil constitutionnel en 1992 dans sa décision « Maastricht 1 » : « Le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décisions par l'effet de transfert de compétences consentis par les Etats membres ».

En second lieu, du point de vue communautaire cette fois-ci, il n'a jamais été question dans ce débat de la possible émergence d'un pouvoir constituant européen. Une telle absence était finalement tout à fait cohérente puisque l'Union européenne a toujours été conçue comme une organisation internationale dont le statut juridique était dès lors défini par des traités internationaux. En 1998 encore, lors de la ratification du traité d'Amsterdam, cette question n'est toujours pas évoquée alors même que ce texte prévoit un renforcement politique de l'Union. C'est toujours en terme d'intégration des compétences de

Stéphane Mouton

l'Etat dont le corollaire est le développement de celles des organes communautaires que la question est abordée alors même que l'on souligne alors le véritable démarrage d'une Union politique « pré-fédérale ». Face à cette évolution d'ailleurs, les juristes de toutes obédiences, internationalistes, communautaristes et constitutionnalistes, exprimaient l'inconfort d'une évolution à l'égard de laquelle les principes juridiques classiques étaient de moins en moins aptes à apprécier la nature de cette nouvelle institution politique en plein développement.

B - La nécessaire invocation du pouvoir constituant

Pourtant, appréhender la nature politique de l'Union européenne par la question de la souveraineté des Etats n'est pas une bonne méthode. Celle-ci souffre d'une confusion autour de la signification des notions de pouvoir constituant et de souveraineté. La détermination de la nature juridique de l'Etat nécessite l'invocation du pouvoir constituant. La souveraineté quant à elle n'est relative qu'aux compétences de cette institution politique spéciale. La souveraineté est relative aux compétences spécifiques de l'Etat. Le pouvoir constituant est quant à lui un pouvoir de fondation de l'Etat. Par voie de conséquence, croire qu'un abandon progressif des compétences régaliennes engendrera logiquement la création d'un statut étatique aux institutions de l'Union européenne mène nécessairement à un écueil car il existe non une différence de degré mais une véritable différence de nature entre une organisation internationale et l'Etat.

Seule l'invocation du pouvoir constituant peut permettre de passer d'une logique d'assimilation juridique à une dynamique de fondation politique de l'Union européenne car ce pouvoir seul engendre une réflexion sur l'Etat. Le droit constitutionnel nous enseigne qu'il existe un lien inéluctable entre ce pouvoir spécifique et l'Etat. Ils sont substantiellement liés l'un à l'autre pour une raison bien simple. Pour qu'il y ait un Etat, il faut qu'il y ait une constitution. Comme le soulignait Carré de Malberg, « l'Etat naît avec sa première constitution ». Il existe une vérité, peut-être une assertion discutable

Le pouvoir constituant

selon laquelle la notion de constitution est liée à la notion d'Etat, celle de traité à celle d'organisation internationale. Mais pour qu'il y ait une constitution, il faut qu'il y ait un pouvoir constituant puisque celui-ci est le pouvoir spécifique d'établissement et de révision de la constitution de l'Etat.

Or ce pouvoir constituant n'existe pas dans le projet de constitution européenne. C'est cette absence qui engendre une incertitude sur la nature du texte. Parce qu'il n'existe pas de pouvoir constituant, il est impossible de qualifier le texte de constitution au sens juridique du terme. Le projet initial évoquait l'idée de « traité-constitution ». Mais cette qualification demeure un barbarisme juridique au pire, un oxymore au mieux au regard du droit constitutionnel. Afin de pallier ces possibles incohérences, d'aucuns évoqueront l'idée d'une contradiction « in adjecto » notamment dans l'article IV-2 du projet constitutionnel contenant dans ses dispositions générales et finales : « traité établissant la constitution ».

S'il n'existe pas de constitution, il ne peut exister d'Etat. Soustraire la question du pouvoir constituant européen neutralise le processus de réification d'une constitution européenne et par-là même l'existence d'un futur Etat européen fédéral. Cette nouvelle génération d'Etat, l'Etat fédéral européen, appelle nécessairement l'émergence d'un pouvoir constituant européen. Cependant, il a toujours existé une stratégie d'évitement de la question du pouvoir constituant par la science juridique et aujourd'hui par la réalité politique façonnée par les Etats souverains. Un tel constat rend l'émergence d'un pouvoir constituant européen très difficile.

II - Une émergence difficile

La notion de pouvoir constituant européen ne peut connaître qu'une émergence difficile pour deux raisons. Au plan théorique, d'abord car le pouvoir constituant a toujours attiré la suspicion sur lui (A). Au plan pratique ensuite, car il semble difficile au regard du développement de l'Union européenne lui-même (B).

A- Un objet intellectuel suspect

Suspect, le pouvoir constituant l'a toujours été par nature. Il s'agit là d'une récurrence dans la théorie du droit qui s'explique par sa nature même. C'est un pouvoir spécial à la frontière des deux grandes colonnes qui façonnent l'Etat : le pouvoir et le droit. C'est un « pouvoir surgit de rien et qui organise tout » soulignait Antonio Négri. Donc, nécessairement, le pouvoir constituant attire la méfiance pour le droit qui n'a pas de prise sur lui. Par voie de conséquence, les doctrines soit rejettent le pouvoir constituant hors de la science du droit, soit tentent de le maîtriser en l'absorbant dans l'ordre juridique.

En premier lieu, il existe la théorie de la transcendance du pouvoir constituant. Ici, le pouvoir constituant serait un fait antérieur à la mise en place de l'ordre juridique constitutionnel. C'est pour cette raison qu'il est possible de dire que ce pouvoir transcende le droit. Pour reprendre une distinction classique en théorie du droit, le pouvoir constituant n'est pas du domaine du droit, car il est de l'ordre du « sein », « de l'être », de la décision. Ici, seul le pouvoir constitué serait du droit car lui seul serait de l'ordre du « sollen », « du devoir être ». Dans ce courant, se trouve l'école allemande du droit public. En ce sens Jellinek soulignera que le pouvoir constituant est exogène par rapport à la constitution. Dans ce courant doit encore être référencé Kelsen, qui réfute la notion de pouvoir constituant au motif que seule une norme peut régler la production des normes dans l'ordre juridique. A l'origine de la constitution, il n'y a une *grundnorm*, et non un pouvoir constituant.

En second lieu, il existe la théorie de l'immanence du pouvoir constituant à l'ordre juridique. Cela veut dire que le pouvoir constituant participe à la construction d'un ordre constitutionnel tout en étant lui-même étranger à lui. Donc le pouvoir constituant serait un pouvoir immanent à l'ordre juridique. Deux écoles ici peuvent être recensées. Il y a tout d'abord une école anglo-saxonne représentée par John Rawls. Selon sa théorie, le pouvoir constituant serait une étape essentielle du processus de construction de l'ordre constitutionnel tout en étant extérieur à lui. L'ordre juridique serait constitué de la façon suivante : principes de justice - pouvoir constituant -

Le pouvoir constituant

institution de la constitution – organisation des pouvoirs de gouvernement et hiérarchie des normes au sein de l'Etat. Il y a ensuite une école allemande représentée par Max Weber. Selon le sociologue allemand, le pouvoir constituant est un pouvoir de formation au sens propre : cela veut dire qu'il préforme l'ordre juridique à partir d'un principe immanent entre le pouvoir charismatique et le pouvoir rationnel¹.

En troisième lieu, il existe une théorie de l'intégration. Ici, le pouvoir constituant pourrait être assimilé au droit positif de sorte qu'il serait un pouvoir reconnu et déterminé par le droit constitutionnel de l'Etat. Dans cette conception, peuvent être identifiées les théories institutionnalistes de Maurice Hauriou et de Santi Romano. Pour ces auteurs, une idée de droit, générée par le mode de formation et de développement historique des institutions, préfigurerait la légalité positive. Cette théorie est très intéressante car elle permet de façon très habile, de distinguer le pouvoir constituant originaire et absolue, et le pouvoir constituant dérivé et relatif, pour ne retenir que le second. De plus, c'est elle qui est le point de départ de la théorie de la représentation édifée depuis 1789 par l'abbé Sieyès.

A la lumière de ces différentes théories, il est possible de se demander à laquelle appartiendrait le pouvoir constituant européen. La question est opportune au regard du « traité – constitution » qui ne définit pas concrètement l'expression du pouvoir constituant. Quel est le pouvoir qui donne naissance à la constitution européenne ? S'agit-il d'un pouvoir constituant spontané ? S'agit-il d'un pouvoir d'une nouvelle nature encore non identifié par le droit. Drôle d'absence en réalité à laquelle il faut bien pallier en s'appuyant sur les indices données par le texte constitutionnel lui-même ainsi que par les intentions plus ou moins claires des différents Etats de l'Union européenne.

¹ Pour cette théorie, une décision est toujours à l'origine du droit. C'est pour cette raison que la pensée webérienne a pu être considérée comme une source d'inspiration pour les théories décisionnistes.

B - Un objet pratiquement inexistant

Ces différentes théories permettent de comprendre combien la notion de pouvoir constituant européen est absente. En réalité, le pouvoir constituant européen apparaîtrait au terme d'un processus en deux temps.

Dans un premier temps, la procédure de ratification du traité constitutionnel n'invoque que le pouvoir constituant dérivé et relatif des Etats. L'article 48 du traité de l'Union européenne prévoit une procédure en deux temps. Dans un premier temps, une révision des traités convenue par les Etats membres ; dans un second temps, la ratification par tous les Etats¹. La règle de l'unanimité mise en place ici répond à la logique consensualiste connue en droit international et non celle du droit constitutionnel. En effet, selon ce dernier c'est la règle de la majorité qui prévaut dans la logique de l'Etat fédéral. Ce fut le principe posé aux Etats-Unis en 1787 où le passage de la confédération à la fédération a pu se faire par le principe de la majorité². La convention de Philadelphie a osé la rupture constitutionnelle pour donner naissance à l'Etat fédéral à l'inverse de ce qui est prévu aujourd'hui dans le projet constitutionnel de l'Union européenne élaborée par la convention pour la constitution de l'Union européenne présidée par Valéry Giscard d'Estaing. Le motif avancé ici était que la constitution européenne devrait abroger les traités communautaires actuels. Or cette abrogation implique que toutes les parties doivent y consentir puisque leur ordre juridique ont été modifiés par les traités communautaires.

De cette première condition découle dans un second temps l'émergence d'un pouvoir constituant européen issue de l'addition des différents pouvoirs constituants nationaux. Ce ne sera pas encore un vrai pouvoir constituant européen autonome, ce qui rend d'ailleurs la ratification de la constitution très hypothétique puisque sous la condition d'une acceptation par tous les Etats du texte. Car finalement, la logique de l'intégration des souverainetés nationales

¹ Art. IV-8 du projet constitutionnel.

² Le passage de la confédération à la fédération a pu se faire par le vote de 9 Etats sur 13.

Le pouvoir constituant

entraîne en réalité la procédure de fondation politique d'un Etat européen. Par voie de conséquence, le pouvoir constituant européen reste un objet non identifiable qui rend très virtuelle la consécration de l'Europe politique constituée en un Etat fédéral. Finalement, l'impossibilité de dégager un pouvoir constituant européen souligne que le processus de construction d'une Europe politique reste encore totalement soumise à la volonté des Etats nations. Cette absence démontre encore que l'Union européenne demeure une institution au service des Etats plus que l'inverse. Au résultat, il faut peut être souligner un paradoxe. La trop grande avancée d'une logique de l'intégration des Etats-nations paralyse la naissance d'un pouvoir européen et par voie de conséquence la naissance de l'Etat européen.

LA CITOYENNETE EUROPEENNE, NOUVEL OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL ?¹

par Marie de Cazals,
attachée temporaire d'enseignement
et de recherche à l'Université
des sciences sociales de Toulouse

En ce début de XXI^e siècle, la citoyenneté, notion ancienne, connaît un regain d'intérêt avec les nouvelles étapes franchies par l'Union européenne. Cette dernière laisse entrevoir des ajouts souhaitables à la citoyenneté nationale grâce à celle européenne. De surcroît, le sentiment de la nécessité de cette autre citoyenneté a été tardif et sa prise en compte dans le *corpus* juridique communautaire est relativement récente. Avant le traité de Maastricht², la notion de citoyenneté ne figure nulle part dans les textes fondateurs. Il est question des « peuples européens »³, des « peuples démocratiques européens »⁴, des « peuples des Etats »⁵. Or, ce n'est pas faute d'avoir

¹ Ce texte est une version sensiblement différente d'une publication effectuée à la revue *Le Banquet*, n° 22, 2005.

² Traité sur l'Union européenne (ci-après T.U.E.), *J.O.C.E.*, n° C 191 du 29 juillet 1992.

³ Préambule du traité instituant la Communauté économique européenne dans Pierre GERBET, Françoise de LA SERRE et Gérard NAFILYAN, *L'union politique de l'Europe, Jalons et textes*, La Documentation Française, coll. « Retour aux textes », 1998, p. 93.

⁴ Préambule de l'acte unique européen, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/accessible/treaties/fr/index.htm>

⁵ Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision du Conseil du 20 septembre 1976, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/accessible/treaties/fr/index.htm>

Marie de Cazals

tenté de mettre en place cet élément si fondamental à toute construction démocratique. Dès les années 1970, le Conseil européen ainsi que le Parlement européen ont tenté de définir et d'intégrer dans les textes communautaires la citoyenneté européenne. Pour l'un, le Premier ministre belge de l'époque, Léo Tindemans, rédigea un rapport sur ce thème. Bien que précurseurs sur de nombreux points, les propositions contenues dans le rapport ne furent intégrées que plus tard dans les textes communautaires (disparition des contrôles des personnes aux frontières ; reconnaissance de l'équivalence des diplômes...). Le Parlement adopta de son côté deux résolutions en 1975 et en 1977 par lesquelles il demandait, d'une part, l'élaboration d'une charte des droits des citoyens de la Communauté européenne et, d'autre part, la définition de nouveaux droits pour les citoyens (droit de pétition et droit électoral entre autres). Les années vont passer sans que rien ne se concrétise, mais l'intérêt pour la chose demeure présent. Ainsi, lors de l'adoption en février 1984 du « projet Spinelli »¹, le Parlement européen admet cette citoyenneté à une écrasante majorité. Malheureusement, aucune négociation ne se fera sur cette base. L'avancée positive de l'année 1984 est la mise en place du « Comité Adoninno » chargé de recenser les mesures qui pourraient être prises en compte dans le *corpus* juridique d'une citoyenneté européenne². Cependant, jusque dans les années 1990, l'économie va primer sur les volontés politiques et aucune des propositions diverses ne prendra juridiquement forme. En décembre 1990, au Conseil européen de Rome, la citoyenneté européenne est remise au goût du jour et une Conférence intergouvernementale lui est consacrée. L'aboutissement des travaux menés permet enfin

¹ « Les citoyens des Etats membres sont par là même citoyens de l'Union. La citoyenneté de l'Union est liée à la qualité de citoyen d'un Etat membre », article 3 du projet de traité instituant l'Union européenne, 14 février 1984, http://www.franceurope.org/pdf/projet_spinelli.pdf.

² Dans les deux rapports remis en 1985, il est notamment préconisé de mettre en place un droit de séjour détaché de l'activité économique ; une procédure électorale unique pour les élections européennes ; la reconnaissance d'un droit de pétition à chaque citoyen ; la mise en place d'un médiateur européen.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

l'inscription de la citoyenneté européenne dans le traité de Maastricht¹. Au terme de l'article 8 de ce traité, « il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre » : ce texte reconnaît officiellement la mise en place d'une citoyenneté européenne. Par la suite, cette voie est poursuivie par le traité d'Amsterdam qui reprend l'intitulé de l'article 8 dans sa formulation originale. Toutefois, si le lien établi entre cette nouvelle citoyenneté et la condition de nationalité est conservé, une précision y est apportée : « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »². Il s'agit donc d'une citoyenneté de complément.

Actuellement, depuis la signature, le 29 octobre 2004, du traité établissant une constitution pour l'Europe et donc l'ouverture de la phase finale du processus d'adoption de la constitution européenne par chacun des Etats membres, les interrogations sur la citoyenneté européenne portent sur un domaine différent. Ce n'est plus la reconnaissance de la citoyenneté européenne qui importe mais la manière dont elle est perçue et mise en œuvre. En cela il est regrettable que le débat sur la constitution européenne n'ait pas fait une place plus importante à la citoyenneté européenne, car ce sera par elle que cette constitution sera éprouvée. De prime abord, aucune difficulté ne transparaît puisqu'elle est un simple ajout, un complément à l'incontournable citoyenneté nationale. Elle concrétise une certaine égalité entre les citoyens de l'Union européenne. Or, la citoyenneté européenne n'est que momentanément horizontale car elle a vocation à devenir verticale pour créer une relation directe entre le citoyen et l'Union³. Il est dès lors aisé de comprendre les interrogations ainsi que les malaises qu'entraînent l'acceptation d'une

¹ Articles 8 à 8E du T.U.E., *op. cit.*

² Partie 1, article 2, *J.O.C.E.*, n° C 340 du 10 novembre 1997. Cet article deviendra par la suite l'article 17 alinéa 1 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après T.C.E.), version consolidée, *J.O.C.E.*, n° C 325 du 24 décembre 2002, p. 44.

³ Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Etudes européennes », 1999, p. 227.

nouvelle citoyenneté au niveau européen. De nombreuses questions se posent et notamment celle de l'avenir de l'Etat-nation comme cadre de référence pertinent pour analyser la citoyenneté. De plus, il convient de s'interroger également sur la manière dont le droit constitutionnel appréhendera une notion au contenu transnational voire post-national. En ce sens n'y a-t-il pas une modification des champs du droit constitutionnel français classique, c'est-à-dire un changement des grilles de lecture, données pour définitivement acquises, du droit constitutionnel français ? Si cela est avéré, ce sera peut-être la possibilité de rendre compte des apports réciproques du national et de l'europpéen à la citoyenneté. Malgré tout, l'Etat-nation demeure le seul fondement envisageable d'une citoyenneté européenne mais dont la définition est tributaire des instances européennes. Certes, celles-ci sont constituées d'Etats mais elles auront à faire admettre une volonté commune aux citoyens de chaque Etat. Or, les traditions constitutionnelles diffèrent d'un Etat à l'autre. La solution de compromis est dans une citoyenneté complémentaire qui ne viendra pas heurter les sensibilités de chacun. Par ailleurs, la diversité qui anime cette citoyenneté impose qu'une unité soit trouvée à sa multiplicité afin d'en préserver la cohésion. Le juridique aura pour souci de concilier cette diversité, chose qu'il fait en composant la citoyenneté européenne du « droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres » ; du « droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'Etat membre » où le citoyen de l'Union réside ; du droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas représenté « de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre » ; du « droit d'adresser des pétitions au Parlement européen », de « recourir au médiateur », de « s'adresser aux institutions et organes consultatifs de l'Union [...] et de recevoir une réponse [...] »¹. En objectivant la citoyenneté, elle peut devenir concrète pour l'ensemble

¹ Article I-10 du traité établissant une constitution pour l'Europe, *op. cit.*, p. 13.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

des Etats européens. De plus, la citoyenneté européenne amènera le droit constitutionnel français à appréhender la citoyenneté par le prisme d'une unité qui se distingue de celle qui a permis d'ériger l'Etat-nation.

Enfin, malgré l'importance des éléments qui caractérisent la citoyenneté européenne, il a été nécessaire de faire un choix dans le présent propos du fait de l'ampleur des développements que cela aurait inévitablement suscité. Ainsi, l'approche retenue sera celle de la construction de la citoyenneté européenne par les droits politiques. Seront alors pris en considération les rapports entre, d'une part, la citoyenneté et l'Etat, et d'autre part, entre le citoyen et l'Europe. Les relations qu'entretiennent la citoyenneté et la nationalité seront soulignées ainsi que les aspects négatifs qu'elles engendrent dans l'élaboration d'une citoyenneté européenne. Il faudra alors envisager un dépassement désormais nécessaire de leur étroite imbrication afin de reconnaître toute la singularité de la citoyenneté européenne (I). La faiblesse des moyens donnés au citoyen national pour sa participation politique au niveau européen sera également mise en lumière de même que les améliorations à apporter pour rendre le traité établissant une constitution pour l'Europe viable au niveau du citoyen qui est l'essence de sa légitimité (II).

I - La citoyenneté européenne : une notion singulière

D'emblée un constat s'impose : la notion de citoyenneté européenne est en cours d'élaboration. Indéniablement, « l'Union européenne crée un nouveau type de citoyen. C'est un citoyen encore incomplet, en formation qui se met en place sous nos yeux, à la manière d'un puzzle »¹. Il s'agit donc d'une chose exceptionnelle que de pouvoir assister à la naissance de la citoyenneté européenne. Cependant des questions se posent relativement à cette citoyenneté. Notamment, jusqu'à quel point la citoyenneté européenne peut-elle être considérée comme une notion originale ? En d'autres termes, le

¹ Yves MADIOT, « Citoyenneté, un concept à facettes multiples », dans Geneviève KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Litec, 1995, p. 14.

problème consiste à se demander si ce qui singularise entre autre la citoyenneté européenne est le fait qu'elle soit originaire ou tout simplement inédite. Cette interrogation met en évidence d'une part, le lien paradoxal entretenu avec l'idée de nation (A) et, d'autre part, la relation ambiguë nouée avec la citoyenneté nationale et donc avec l'Etat-nation (B).

A - Le paradoxe de la nation dans la naissance d'une citoyenneté européenne

Lorsque l'on se trouve confronté à une notion nouvelle, la démarche première consiste à essayer de la rattacher à ce qui est connu. Ainsi, la citoyenneté européenne va être envisagée par référence à des cadres préexistants mais propres à la citoyenneté nationale (1). Or, il semble qu'il faille dépasser cette analyse de la citoyenneté européenne afin de la rendre viable (2).

1 - La grille de lecture nationale de la citoyenneté européenne : un écueil à éviter

Selon le vocabulaire juridique de G. Cornu, le sens général donné au mot citoyen est celui d'un « membre d'une cité ou d'un groupement politique »¹. Un préalable indispensable est donc que la cité ou le groupement ait été créé, il faut qu'il y ait eu une forme de volonté qui ait conduit à un regroupement. La volonté d'ériger une telle organisation provient de l'existence de ressemblances et, aussi, de ce qui deviendra pour certains le « désir de vivre ensemble »². Cette volonté va donc se fonder sur des valeurs communes auxquelles les différentes parties vont adhérer. Celui qui ne partagera pas les mêmes valeurs ne pourra pas être reconnu membre de la communauté ainsi formée. Cette communauté est « généralement fixée sur un territoire déterminé dont la réalité résulte de caractéristiques ethniques, linguistiques, culturelles, de coutumes

¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », 4^{ème} édition, 2003, p. 151.

² Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, conférence effectuée le 11 mars 1882 à la Sorbonne.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

sociales, de traditions historiques et religieuses, tous facteurs qui développent un sentiment d'appartenance [...] »¹. Elle correspond au sens premier de la nation, car ce n'est que dans un second temps qu'elle prend la forme d'une entité juridique abstraite titulaire de la souveraineté et incarnée par des représentants. De plus, progressivement, le caractère national va devenir le référent de la citoyenneté. Seront considérés comme des citoyens les nationaux d'un Etat. Ce lien entre nation et citoyenneté en droit interne français brouille considérablement la perception de la citoyenneté européenne et amène à penser qu'il est impossible de raisonner sur cette base. En attribuant autant d'importance au rôle de la nation, il n'y a pas de place pour l'étranger, même s'il est européen. Seuls les nationaux « partagent un mode de perception du monde, une culture intellectuelle, des émotions et des souvenirs communs, une mémoire historique singulière [...] »². Ce phénomène est dû au fait que chaque société réalise la socialisation de ses membres et leur inculque des valeurs communes. Ainsi, dès le départ l'idée d'une citoyenneté européenne calquée sur celle nationale est rendue impossible car la probabilité que chaque Etat veuille imposer sa conception de la nation est grande.

En outre, l'importance accordée à la nationalité pour définir la citoyenneté est à relativiser. En effet, la citoyenneté est riche d'un contenu multiple et varié que la nationalité seule ne parvient plus à englober. La nationalité ne peut être entendue que comme un des éléments de la citoyenneté. Dès lors, à elle seule, elle n'est plus suffisante pour la constituer. « La notion de citoyenneté rétablie dans sa diversité, révèle ainsi sa valeur et son autonomie signalant combien il paraît vain de chercher à recomposer sa connaissance par référence à l'idée de nationalité »³. Dès lors, il faut comprendre la nation comme un élément de la citoyenneté car elle lui est indispensable. En cela, la nation reste incontournable et la force interne qui l'anime ne fait

¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 584.

² Dominique SCHNAPPER, « La conception de la nation », *Citoyenneté et société*, Cahiers Français, n° 281, p. 14.

³ Geneviève KOUBI, Avant-propos, dans Geneviève KOUBI, *op. cit.*, p. 5.

Marie de Cazals

qu'accentuer ce sentiment. De ce point de vue, l'idée de nation n'a jamais cessé d'être d'actualité et « ne cessera jamais de l'être. A cause de l'identification d'un individu par son appartenance à un groupe et à l'agressivité propre à la nature humaine -l'identification de soi par le rejet de l'autre est une constante chez l'homme-, la nation est assurée d'un avenir glorieux »¹. Aussi, sans rejeter l'apport de la nation, il faut l'envisager de manière à ce qu'elle ne nuise pas à la citoyenneté européenne. C'est tout l'embarras du cas français qui peine « à penser la démocratie en dehors du cadre de l'Etat-nation »² qu'il faut tenter de résoudre car la citoyenneté européenne aura inéluctablement d'autres terres d'élection que celle nationale.

2 - L'apport fondamental de la nation à la citoyenneté européenne

La nationalité est liée à la citoyenneté et, si parfois elle semble être une condition nécessaire, elle n'est pas pour autant suffisante « car il est des cas où l'on peut (ou l'on a pu) être national sans être citoyen, et même citoyen sans être national, mais plus rarement »³. En effet, tous les nationaux ne sont pas des citoyens au sens plein du terme. Il en va ainsi par exemple des mineurs, des personnes privées de leurs droits civils et politiques. Inversement, tous les citoyens ne sont pas obligatoirement des nationaux, il suffit de se référer au droit de vote des ressortissants européens⁴. La nation comme seule référence est

¹ Jacques VIGUIER, « L'idée de nation a-t-elle jamais cessé d'être d'actualité ? », dans *Recherches et réalisations, Mélanges en l'honneur de Pierre Vellas*, Pedone, Paris, 1995.

² Jean-Louis QUERMONNE, « La démocratisation du processus de décision communautaire depuis Maastricht », cité par Paul MAGNETTE, *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Editions Complexe, coll. « Etudes européennes », 2000, p. 200.

³ Catherine WIHTOL DE WENDEN, dans Geneviève KOUBI, *op. cit.*, p. 164.

⁴ L'article 19 du T.C.E. dispose que « 1. Tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat. [...] 2. [...] tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans

La citoyenneté européenne, nouvel objet

donc dépassable et, dans le cadre de l'Europe, doit être dépassée. Toutefois, l'importance de la nation ne doit pas être niée. Elle demeure essentielle en ce qu'elle lie des communautés et qu'elle leur donne leur identité ; parce que « la nation démocratique en Europe est indissociablement communauté de culture, lieu de mémoire collective et d'identité historique »¹. L'Union européenne n'a pas encore cette faculté. Personne ne s'y est trompé et rien ne lui permet d'octroyer la citoyenneté à des ressortissants de pays membres. Elle ne confère pas une nationalité et c'est la raison pour laquelle la citoyenneté européenne est présentée de façon rapide comme un « substitut de nationalité européenne »². De plus, « l'idéal d'unification de l'Europe se distingue du mythe de la construction d'une nation européenne. Les valeurs européennes communes à approfondir n'impliquent pas du tout l'unification culturelle des peuples d'Europe »³. Ainsi, ce n'est pas dans sa singularité et sa différence poussée à l'extrême que la nation aidera à la mise en place d'une citoyenneté européenne car cela ne débouchera que sur des nationalismes. C'est dans son rôle d'intégration et d'assimilation des « nationaux » au fil des siècles qu'elle reste fondamentale. Les nations offrent à l'Europe une base solide puisqu'elle permet de respecter leur diversité et d'accepter une citoyenneté commune. Même si l'Europe reconnaît partager des valeurs communes⁴, la citoyenneté qu'elle entend consacrer ne

l'Etat membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat », *op. cit.*, p. 45. L'article I-10 2. b) du traité établissant une constitution pour l'Europe reprend une formulation identique : les citoyens de l'Union ont « le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'Etat membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat », *op. cit.*, p. 14.

¹ Dominique SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 14.

² Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences po, coll. « La bibliothèque du citoyen », 1997, p. 7.

³ Mario TELÒ, *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Etudes européennes », 1995, p. 21.

⁴ En ce sens l'article I-2 du traité établissant une constitution pour l'Europe précise que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'état de droit, ainsi que de

prévaudra que par son aspect normatif, son contenu juridique. Assurément, seule l'objectivité juridique aura la force de permettre une unification des différentes nations européennes sans que leur singularité en pâtissent mais, aussi, sans que celles-ci anéantissent la citoyenneté européenne. Une utilisation "nationale" de la nation ne pourra qu'obérer l'avenir d'une citoyenneté européenne, elle doit être abandonnée pour en permettre la réalisation. Ce point fondamental a été soulevé il y a déjà dix ans notamment par Sophie Jacquot-David qui estima alors que la question essentielle à l'aube du XXI^e siècle était celle « du fondement de la nation, de savoir si ce qui fédère un groupe d'hommes dans une organisation politique donnée est un acte de volonté de la part des individus libres et égaux ou bien le résultat de considérations factuelles sur le fait que tel individu est supposé appartenir ontologiquement à tel ou tel groupe »¹. Dans le désir d'« établir une citoyenneté commune »² aux ressortissants des Etats membres, seule la première voie permettra de créer cette citoyenneté. C'est pour cela que la citoyenneté peut être conçue « non seulement comme appartenance à un Etat-nation mais aussi comme ensemble de

respect des droits de l'Homme. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la tolérance, la justice, la solidarité et la non-discrimination », *op. cit.*, p. 11.

¹ Sophie JACQUOT-DAVID, « D'une nation à l'autre », *Le Banquet*, n° 4, 1994, p. 82.

² Introduction au T.U.E., *J.O.C.E.*, n° C 325 du 24 décembre 2002, p. 5. Il n'en est plus directement question dans le préambule du traité établissant une constitution pour l'Europe. Celui-ci précise que les signataires sont « persuadés que les peuples d'Europe [...] sont résolus à dépasser leurs anciennes divisions et, unis d'une manière sans cesse plus étroite, à forger leur destin commun ». Hormis cette conviction, il n'est fait état de la citoyenneté que lors de la reconnaissance envers les membres de la convention européenne pour avoir « élaboré le projet de cette constitution au nom des citoyens et des Etats d'Europe ». Faut-il comprendre qu'il s'agit des citoyens européens ? En toute vraisemblance la réponse est affirmative car le traité établissant une constitution pour l'Europe a été fait dans l'esprit de « poursuivre l'œuvre accomplie dans le cadre des traités instituant les Communautés européennes et du traité sur l'Union européenne, en assurant la continuité de l'acquis communautaire ; [...] », *op. cit.*, p. 3.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

droits susceptibles de dépasser la dimension purement nationale »¹. C'est là toute l'originalité d'une citoyenneté européenne.

B - Une situation ambiguë dans son rapport à la citoyenneté nationale et à l'Etat

La citoyenneté européenne prend assise sur la citoyenneté nationale en cela il y a superposition, certains soulignent son aspect complémentaire mais il faut aussi y voir une inévitable concurrence à terme (1). Ce besoin du national transparait également dans le rôle imparti à l'Etat-nation au point que l'on peut s'interroger sur sa fin (2). Toute l'ambiguïté réside en cela car, si le national est fondamental à la citoyenneté européenne, celle-ci à vocation à devenir autonome.

1 - Superposition, complémentarité et concurrence

La citoyenneté européenne ne peut pas avoir un fondement « sociologique », il lui manque l'élément factuel qui permet de dire qu'il y a une identité européenne vécue et éprouvée. Chaque citoyen détient par sa nationalité les éléments culturels, géographiques, ethniques et linguistiques ainsi que la volonté qui lui sont propres et qui déterminent son identité. C'est d'ailleurs parce que les Européens sont déjà des nationaux qu'ils ne comprennent, ni ne ressentent le besoin d'appartenir à une nation européenne. Sur ce point, malgré toutes les volontés politiques, il reste à « [...] inventer les Européens »². Il y aura peut-être un mouvement inverse à ce que tous les Etats-nations ont connu, à savoir une citoyenneté qui crée une nation. Aujourd'hui, la réalisation de la nation européenne n'est pas encore d'actualité, ou si elle l'est, ce n'est pas chez les principaux intéressés, les citoyens. La citoyenneté européenne se construit par les nationalités "nationales" et donc, la citoyenneté nationale reste tout à fait essentielle à ce processus. Dès lors, la citoyenneté européenne ne peut être que de superposition puisqu'elle nécessite l'apport structurant et liant de la citoyenneté nationale. Par le biais de la

¹ Mario TELÒ, *op. cit.*, p. 11.

² Catherine WIHTOL DE WENDEN, *op. cit.*, p. 7.

Marie de Cazals

citoyenneté nationale, elle acquiert ce qui lui fait défaut. Cela présente l'avantage de dépasser les antagonismes qui se seraient manifestés si une assise spécifique à une nation lui avait été donnée.

Par ailleurs, l'idée de superposition de la citoyenneté européenne n'autorise pas l'existence d'un rapport hiérarchique avec la citoyenneté nationale. Cette dernière doit bien mettre en œuvre la citoyenneté européenne -en cela elle obéit à une finalité supérieure- mais, en retour, la réalité de la citoyenneté européenne est subordonnée à l'existence de la citoyenneté nationale. Ainsi, la citoyenneté européenne ne saurait subordonner celle qui la fonde car, en cas de conflit, elle primerait sur la nationale. Or, cela reviendrait à une négation de son propre fondement. Il ne saurait y avoir pour l'instant que coexistence de deux citoyennetés. Aussi, la réception de la citoyenneté européenne au niveau national n'a pas voulu être présentée comme l'imposition d'une norme supérieure. Ce qui a été mis en avant est l'aspect complémentaire de la citoyenneté européenne. Chacune des citoyennetés a un domaine propre d'action. La citoyenneté européenne offre des droits supplémentaires aux citoyens nationaux européens qu'ils résident dans leur Etat d'origine ou dans l'un des Etats de l'Union européenne. Autrement dit, « le système de la citoyenneté duale a comme effet de permettre une extension des droits des citoyens au-delà de la citoyenneté nationale [...]. On va ainsi nettement au-delà d'une simple inter-citoyenneté (reconnaissance réciproque d'Etat à Etat), les situations nouvelles résultant du processus d'intégration et des institutions européennes étant également visées. Il s'agit donc d'un modèle sans précédent de double citoyenneté »¹.

Enfin, ce processus inédit a pour objectif final l'émancipation de la citoyenneté européenne de toute référence nationale. Si au départ la "béquille" nationale est inévitable, elle a vocation à ne plus être nécessaire à terme. A un moment donné, une concurrence s'instaurera entre ces deux citoyennetés jusqu'à l'absorption de l'une par l'autre. Il convient de s'interroger dès à présent sur ce point car la citoyenneté

¹ Mario TELÒ, *op. cit.*, p. 49.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

européenne est une norme objectivée dans le sens où elle n'est que juridique. Tout ce qui relève de l'affectif fait défaut dans la construction européenne. Or, le référent national est incontournable. Il permet de rendre à l'homme un de ses caractères principaux, celui d'un « être social aux multiples appartenances croisées, territoriales, communautaires, culturelles »¹. La reconnaissance identitaire qu'il procure est sans doute la base la plus ferme sur laquelle un pouvoir politique peut s'appuyer. Penser s'en détacher paraît risqué sauf à chercher à prouver qu'en s'affranchissant du mythe de la nation « l'univers politique pourrait survivre par la seule vertu de sa rationalité »². En fait il n'en est rien, le monde qui se construit a besoin de l'Etat-nation. Celui-ci évoluera en même temps que les notions qui le fondent et qu'il fonde en retour.

2 - Vers une conception nouvelle de l'Etat-nation ?

La reconstruction des Etats au lendemain de la seconde Guerre Mondiale et la volonté de préserver la paix³ ont été concomitantes de la mise en place d'organisations amenant les Etats à une collaboration poussée. Parmi ces coopérations interétatiques, il y eut notamment le Conseil de l'Europe, créé en 1949, puis les Communautés Européennes en 1957. L'originalité de cette dernière entreprise réside dans la reconnaissance d'une supranationalité et dans la mise en place d'un droit commun, le droit communautaire. La construction européenne ne peut pas être présentée comme le facteur de la crise que connaît l'Etat-nation. Son édification s'est réalisée en même temps que la reconstruction de ces Etats et, qui plus est, par leur volonté

¹ Geneviève KOUBI, *op. cit.*, p. 4.

² Georges BURDEAU, « Nation », *Encyclopædia universalis*, p. 866.

³ Robert Schuman dans la déclaration du 9 mai 1950, dite "discours de l'horloge", précise clairement cet aspect : « la paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent. La contribution qu'une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien des relations pacifiques. [...] L'Europe n'a pas été faite, nous avons eu la guerre. L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait [...] ».

Marie de Cazals

politique. Présenter l'une comme la cause de la fin de l'autre n'est donc pas probant.

En outre, la référence à l'Etat-nation n'est nullement obsolète car il reste « le lieu de la légitimité démocratique » grâce à la nationalité qui « confère à l'individu ses droits et ses devoirs fondamentaux »¹. Le fait national qui se concrétise par le lien de nationalité est toujours d'actualité puisque l'Union européenne ne peut conférer la nationalité. Les Etats en sont toujours maîtres. Quant à une « désétatisation de la nation »², cela s'avère être tout à la fois vrai et faux. Vrai, car le champ d'action de la nation s'accroît malgré le cadre initial donné par l'Etat. La "nation nationale" est à la base d'une possible citoyenneté européenne concrète et, en cela, il y a extension de son périmètre d'action car l'Etat ne sera plus son seul lieu d'expression. Cependant, cela est faux également, car il ne s'agit pas de la fin du rôle de l'Etat et aucunement de la perte de son importance. Ainsi, « si l'on peut aisément concéder que l'Etat n'est plus la forme exclusive d'organisation collective, qu'il est enserré dans un maillage d'organisations infra-, supra- et transnationales, privées et publiques, il n'est pas non plus réduit à une entité banale jouant sur pied d'égalité avec les autres organisations. Il reste [...] central dans l'agencement politique de l'Europe »³. D'ailleurs, l'intérêt dans cette citoyenneté *sui generis* est que l'Etat se voit investi d'un rôle nouveau. Il n'aura plus à s'occuper que des seuls nationaux mais aussi des non nationaux "communautaires", européens. Il pourrait presque y avoir une néo-étatisation de la nation, celle des autres pays européens. En effet, les nationaux vivant dans l'un des Etats membres se voient conférer des droits utilisables sur le sol de ces Etats.

¹ Philippe MOREAU-DEFARGES, « Citoyenneté et crise de l'Etat-nation », *Citoyenneté et société*, Cahiers Français, n° 281, p. 35.

² Gérard SOULIER, « Union européenne et dépérissement de l'Etat », dans Gérard DUPRAT (dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, P.U.F., coll. « Politique d'aujourd'hui », 1996, p. 301.

³ Paul MAGNETTE, *L'Europe...*, *op. cit.*, p. 158.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

Finalement, tout en perdant « son monopole de référence »¹, l'Etat-nation se transforme insensiblement puisque d'une part sur le territoire national des citoyens "européens" vont prendre part à la vie institutionnelle -locale pour le cas français- et, d'autre part, ce même territoire national ne sera plus le seul lieu d'expression de la citoyenneté.

La citoyenneté européenne n'est donc pas une notion originale mais inédite autant pour ce qui la crée que pour ce qu'elle implique. La mise en place d'une citoyenneté européenne devra tenir compte des éléments hétérogènes qui l'habitent afin de la rendre viable. Outre l'aspect théorique nécessaire à sa compréhension, les moyens pratiques qu'elle offre aux citoyens nationaux pour leur action au niveau européen doivent aussi être améliorés. Les droits politiques des citoyens demeurent largement imparfaits ce qui explique en partie leur peu d'engouement pour l'Europe².

II - La citoyenneté européenne : une notion à parfaire

La citoyenneté -au-delà de son contenu juridique qui fait du citoyen un sujet de droit- pose le principe de la légitimité politique. Le citoyen est le détenteur d'une part de la souveraineté politique, il est à la source du pouvoir. Par le procédé électoral, il justifie l'exécution des décisions prises par les gouvernants. Il a la faculté de contrôler et de sanctionner leur action et ainsi, parce qu'il peut exprimer son désaccord, il consent aux actes des gouvernants. Cette description rapide d'une partie du fonctionnement démocratique d'un régime politique ne se retrouve pas complètement au sein de l'Union européenne. Les moyens actuels sont largement insuffisants pour apercevoir l'influence concrète des citoyens sur les

¹ Catherine WIHTOL DE WENDEN, dans Geneviève KOUBI, *op. cit.*, p. 164.

² Cela se traduit notamment par une baisse constante de la participation aux élections européennes depuis 1979. Ainsi, en France, le taux d'abstention est de 39,3 % en 1979 ; 43,3 % en 1984 ; 61,3 % en 1989 ; 47,3 % en 1994 ; 53 % en 1999 et 57,21 % en 2004 (source : <http://www.election-politique.com>).

Marie de Cazals

institutions (A). De plus, le traité établissant une constitution pour l'Europe ne résout nullement le problème puisqu'il consiste, dans le cadre de la citoyenneté européenne, en une compilation des textes antérieurs. Une seule innovation est à retenir : le droit d'initiative populaire de l'article I-47 alinéa 4 du traité. Elle est bien maigre compte tenu de l'attente dont la citoyenneté européenne fait l'objet (B).

A - Faiblesse des moyens actuels de la participation politique

Dans un sens second, comme précisé précédemment, le citoyen se caractérise par la participation politique : sera citoyen la « personne qui, dans un Etat démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection des représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple [...] soit dans la démocratie semi-directe par le jeu du référendum ou de l'initiative populaire »¹. Malheureusement, au regard de l'Union européenne force est de constater que la conception du citoyen ne se retrouve dans aucun de ces cas de figure. Certes, des nuances peuvent être apportées mais il n'en reste pas moins que les droits de vote sont incomplets (1) et le droit de pétition sans réelle portée (2).

1 - Spécificité d'une citoyenneté tronquée : les droits de vote des citoyens européens

L'ancien article 8 B du T.U.E., devenu l'article 19 du T.C.E., distinguait les élections municipales -où « tout citoyen de l'Union résidant dans un Etat membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité »- et les élections au Parlement européen où, dans les mêmes conditions, tout citoyen de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité. L'important lors de la ratification du traité de Maastricht en 1992 était que la souveraineté des Etats ne soit pas remise en cause. Le juge constitutionnel français y a veillé en jugeant

¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 151.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

contraire à l'article 3 de la constitution¹ la participation de non nationaux aux scrutins ayant « vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale »². La révision constitutionnelle du 25 juin 1992³ parachève cette logique en insérant dans la constitution l'article 88-3 qui énonce que « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ». Sur ce point, il est à noter que la culture propre à chaque Etat joue pour beaucoup dans l'étendue des droits électoraux octroyés aux ressortissants européens. D'autres pays européens⁴, bien avant Maastricht, avaient intégré les ressortissants étrangers par l'élection. C'est donc tardivement et partiellement que la France a suivi ces exemples avec la loi organique du 25 mai 1998⁵ qui autorise le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales⁶ des seuls citoyens de l'Union européenne. Cependant, en voulant préserver les élections sénatoriales de toute participation directe des citoyens européens, la communauté des citoyens européens en France a été scindée en deux catégories : ceux qui ne participent qu'aux élections municipales et européennes et ceux qui prennent part aux élections à caractère

¹ « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. [...] Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques », article 3 de la constitution du 4 octobre 1958.

² Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 dans Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 10e éd., 1999, p. 806.

³ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *J.O.*, n° 147, 26 juin 1992.

⁴ La Suède depuis 1975, la Norvège depuis 1978, le Danemark depuis 1981 ou les Pays-Bas depuis 1985 reconnaissent aux étrangers le droit de participer aux élections administratives locales.

⁵ *J.O.*, 25-26 mai 1998, p. 8003.

⁶ La première mise en pratique eut lieu lors des élections municipales des 11 et 18 mars 2001.

Marie de Cazals

national et régional. Dès lors, la citoyenneté européenne est tronquée pour le ressortissant d'un Etat membre résidant sur le sol français. Par voie de conséquence, la complémentarité est inégale entre les citoyens. Elle sera parfaite pour le national qui reste dans son Etat d'origine. Dans les autres cas, le citoyen exercera ses droits politiques européens et parfois certains des droits politiques inhérents à la citoyenneté nationale. Cela signifie aussi que l'idée d'une citoyenneté horizontale, c'est-à-dire une citoyenneté consacrant l'égalité entre les citoyens des différents Etats, est battue en brèche. La France maintient bel et bien deux types de citoyen : les ressortissants européens -qui ne pourront ni être maire ou adjoint, ni participer à la désignation des sénateurs- et les nationaux. A cela s'ajoute le fait qu'il n'existe pas d'uniformité entre les modes de scrutin pour les élections européennes car le choix est laissé à l'appréciation des Etats membres. Il s'agit d'une limite supplémentaire à l'égalité entre les citoyens européens.

L'ensemble des impossibilités rencontrées par les droits électoraux entraînent une faiblesse corrélative des moyens d'influence sur les organes communautaires. Dans le cas français, les élections nationales pourvoient l'exécutif communautaire. Il occupe une place centrale bien que nombre de pouvoirs ait été progressivement conféré au Parlement européen. Le citoyen européen ressortissant ne peut espérer influencer la politique européenne dans la mesure où le vote qu'il émet ne désigne que le Parlement européen. En définitive, le citoyen européen ne peut, en France, jouir pleinement de sa citoyenneté. Il ne peut participer à la désignation de l'exécutif européen. Cette distanciation politique ressentie par le citoyen européen dans son rapport avec les institutions communautaires se retrouve en partie également dans le droit de pétition.

2 - L'existence d'un droit de pétition

La pétition s'assimile à un « acte par lequel une personne s'adresse aux pouvoirs publics pour formuler une plainte ou une suggestion »¹. Ce peut être aussi une « demande adressée par un

¹ Daniel HOCHEDÉZ, « Pétition », dans Olivier DUHAMEL et Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., 1992, p. 750.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

particulier ou groupe de particuliers à une autorité publique, la priant d'exercer sa compétence de telle façon »¹. Le droit de pétition est intéressant dans son principe en ce qu'il incite les citoyens à une action directe dans le domaine où il porte. L'application qu'il connaît au niveau européen reste toutefois décevante² car il a été présenté comme un instrument de la participation directe des citoyens à la prise de décision européenne. Or, son utilisation révèle uniquement sa dimension individualiste. Si l'on voyait en lui un facteur de la promotion de la citoyenneté européenne, l'objectif est manqué.

L'article II-104 du traité établissant une constitution pour l'Europe³ dispose que « tout citoyen de l'Union ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre a le droit de pétition devant le Parlement européen ». Il s'agit d'un droit parfait dans la logique communautaire puisque tout citoyen mais aussi tout individu et toute personne morale, qui réside ou à son siège social dans un des Etats membres, peuvent déposer une pétition auprès du Parlement européen. La règle de l'égalité est respectée, cet article va même au-delà car les non-citoyens peuvent le mettre en œuvre. Ce n'est donc pas à proprement parler un droit spécifique à la citoyenneté européenne.

Par ailleurs, il n'est plus mentionné que ce droit peut être présenté « à titre individuel ou en association avec d'autres citoyens ou personnes ». De même, il ne fait plus référence aux domaines dans lesquels il peut intervenir. En effet, l'actuel article 194 du T.C.E., qui tendra à être remplacé par l'article II-104, précise que la pétition porte « sur un sujet relevant des domaines d'activité de la Communauté » et qui concerne directement la personne physique ou la personne morale. Il n'y a plus de condition sur ce point dans la nouvelle

¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 655.

² Il est à remarquer que l'utilisation d'un droit de pétition dans le cadre strictement national est tout aussi décevante. Voir en ce sens Marie de CAZALS, « Les (R)évolutions du droit de pétition », dans *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, publication de l'Institut fédératif de recherche, Presses universitaires de Toulouse, à paraître.

³ Anciennement article 138 D du T.U.E, puis 194 du T.C.E.

Marie de Cazals

rédaction. Reste à savoir quelle sera l'attitude des parlementaires. Jusqu'à présent ils ont admis les demandes « lorsqu'elles se réfèrent au contenu des traités et du droit communautaire dérivé ; lorsqu'elles concernent des matières qui, tout en n'étant pas liées directement à la lettre des dispositions individuelles du droit communautaire, s'insèrent dans le dessein communautaire dans la perspective de son développement possible ; lorsque leur objet a un rapport avec l'action d'une institution ou d'un organe communautaire »¹. Le traité de Maastricht a bien posé des restrictions, mais le Parlement européen maintient une politique de réception étendue. Les parlementaires ont souhaité que la pétition devienne un instrument fondamental dans la relation avec les citoyens. Ils ont défini la pétition comme « des demandes d'intervention, d'action ou d'un changement de ligne politique, ainsi que des demandes d'opinion »². Rien ne semble indiquer un changement dans le comportement futur des parlementaires car, finalement, malgré cette acception large, la pratique montre que la pétition ne remplit pas un rôle de mécanisme politique. Elle n'est pas utilisée comme un moyen de participation politique des citoyens à la prise de décision mais, au contraire, comme un procédé pour faire valoir des droits individuels. « L'immense majorité des cas sont soumis par des individus qui tentent d'obtenir application de leurs droits »³. La pétition est plus « réactive que proactive »⁴. Ainsi, elle s'apparente à une forme de contrôle extra-juridictionnel de l'application du droit communautaire. Elle est alors perçue comme un recours extra-juridictionnel au même titre que le médiateur, sa fonction politique n'est donc pas déterminante. En outre, à la différence des pétitions émanant de

¹ Rapport de la commission des pétitions cité par Paul MAGNETTE, « Vers une citoyenneté européenne directe ? Pratiques du droit de pétition dans l'Union européenne », *Revue Internationale de droit politique comparé*, De Boeck-Université, vol. 9, n° 1, 2002.

² Rapport annuel d'activités (1996-1997) cité par Saverio BAVERIA, « Les pétitions au Parlement européen et le Médiateur européen », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 445, février 2001, p. 131.

³ Paul MAGNETTE, « Vers une citoyenneté européenne ... », *op. cit.*

⁴ Paul MAGNETTE, *ibid.*

La citoyenneté européenne, nouvel objet

citoyens européens, le Parlement est libre de donner suite aux demandes provenant des non-citoyens européens. Mais quelle que soit l'origine des réclamations bien peu sont motivées par une recherche de modification des législations existantes. L'aspect constructif de la pétition est absent et l'aspect défensif prévaut. Cela correspond au ton donné à cette citoyenneté européenne, citoyenneté dont les droits individuels sont les seuls à être réellement effectifs.

En définitive, le droit de pétition est un droit secondaire car il ne donne aux citoyens « aucun droit substantiel ». Il permet « seulement de faire respecter les droits »¹ et la nouvelle formulation contenue dans l'article II-104 ne change rien. Il est certain que le manque de connaissance relatif à son utilisation ne contribue pas à son développement. En tout état de cause, si une version politique du droit de pétition, identique à celle existante en Italie², avait été retenue, il n'est pas certain que le Parlement aurait eu la même latitude pour interpréter de façon aussi étendue les requêtes des citoyens.

B - L'espoir déçu d'une constitution européenne

Le traité de Maastricht innovait fortement en consignant les droits politiques des citoyens européens. L'impact de ces droits reste malgré tout faible au niveau institutionnel ce qui limite en grande partie leur utilisation. C'est méconnaître le fait qu'une citoyenneté européenne, telle qu'elle est présentée aux citoyens des Etats membres, ne peut se contenter d'un ensemble de droits civils individuels. Elle appelle une effectivité des droits politiques et implique des devoirs qui responsabilisent les citoyens. Le traité établissant une constitution pour l'Europe, bien qu'il constitue une avancée déterminante dans le processus de la construction européenne, ne reste pas moins un pâle

¹ Paul MAGNETTE, *ibid.*

² L'Italie pratique une initiative populaire en matière législative qui se manifeste au premier stade par l'exercice d'un droit de pétition. L'article 50 de la constitution italienne dispose que « tous les citoyens peuvent adresser des pétitions aux Chambres pour demander des dispositions législatives ou exposer des nécessités communes ».

écho à ces revendications. Il reprend, nous l'avons vu ponctuellement, le contenu des traités antérieurs (1) et n'apporte aucune nouveauté décisive si ce n'est un potentiel droit d'initiative populaire (2).

1 - Le traité établissant une constitution pour l'Europe: les lacunes d'une compilation

L'une des critiques adressées au traité de Maastricht est qu'il privilégie les libertés individuelles et accorde peu de place aux citoyens dans le processus de décision. Dans cette logique, Maastricht consacre un « citoyen consommateur de justice »¹ plutôt qu'un citoyen acteur de la sphère publique. En effet, les recours juridictionnels et extra-juridictionnels constituent aujourd'hui une manière efficace pour le citoyen de faire valoir ses droits. Au point, d'ailleurs, que la Cour de justice des Communautés européenne est -semble-t-il- la seule instance construisant durablement depuis une vingtaine d'années une citoyenneté concrète². L'individualisation du citoyen européen doit être freinée afin de permettre l'émergence d'une conscience citoyenne européenne qui transcende les particularismes. Le recours au juge est essentiel en démocratie, il doit être préservé mais aussi complété par des droits politiques effectifs. Le traité établissant une constitution pour l'Europe, en reprenant les droits antérieurs, ne fait pas du citoyen un des éléments centraux du processus décisionnel européen. Tout au plus les citoyens se voient conférer « les éléments "périphériques" de la citoyenneté »³. La citoyenneté européenne fait référence à de nombreux droits et principes mais l'efficacité des droits politiques lui font défaut afin de

¹ Larry SIEDENTOP, *La démocratie en Europe*, cité par Claire DEMESMAY, « Enjeux et obstacles d'une citoyenneté européenne », *Les nouvelles dimensions de la citoyenneté*, Cahiers français, septembre-octobre 2003, n° 316, p. 32.

² En ce sens voir Dawn SARRION-METCALFE, « La citoyenneté européenne : une construction juridique en devenir », *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Actes de la journée d'études organisée à Toulouse le 29 avril 2004, *infra*.

³ Danièle LOCHAK, « La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion ? », dans Geneviève KOUBI, *op. cit.*, p. 54.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

pouvoir dire qu'elle participe de la démocratie et donc à la démocratie .

Les appels pour lutter contre le déficit démocratique de l'Union, appels des politiques eux-mêmes, ne portent pas leurs fruits et le traité établissant une constitution pour l'Europe ne rompt pas le cercle vicieux qui s'est instauré. Il égrène les droits individuels, noyant la citoyenneté en leur sein et la reléguant à un rôle mineur. La partie II du traité établissant une constitution pour l'Europe est éloquente. Sur l'ensemble des sept titres qui la subdivisent, cinq concernent directement les droits individuels¹. La citoyenneté arrive en cinquième position et n'occupe qu'un seul titre. Quant au septième titre, il concerne « les dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la charte »². De plus, trois articles seulement du titre V sont à proprement parler des droits politiques : l'article II-99 (droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen), l'article II-100 (droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales) et l'article II-104 (droit de pétition). La place secondaire accordée à la citoyenneté européenne eu égard aux attentes dont elle fait l'objet ne peut que susciter la déception³. Cependant, ce choix reste conforme aux réponses données par la convention aux questions posées dans la déclaration de Laeken. Elle proposait notamment « des mesures pour accroître la démocratie, la transparence et l'efficacité de l'Union européenne, en développant la contribution des parlements nationaux à la légitimité du projet européen, [...], en rendant le fonctionnement

¹ Le titre I porte sur la dignité, le titre II sur les libertés, le titre III sur l'égalité, le titre IV sur la solidarité et le titre VI sur la justice.

² Traité établissant une constitution pour l'Europe, *op. cit.*, p. 53.

³ Cela se retrouvait auparavant dans d'autres textes et notamment dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le professeur Delpérée remarquait que « le citoyen de l'Union se définit, d'abord, dans son individualité, dans son milieu familial et social, dans l'entreprise. Ce n'est qu'ensuite qu'il accède aux attributs politiques et qu'il s'adresse aux appareils institutionnels [...] », Francis DELPERÉE, « La citoyenneté : certitudes, contradictions et perspectives », *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, éditions Bruylant, 2003, p. 69.

Marie de Cazals

des institutions européennes plus transparent et plus lisible »¹ mais pas en accordant une place plus grande à la citoyenneté européenne. Or, ceci est d'autant plus problématique que la citoyenneté et les droits politiques y afférents sont la base du fonctionnement démocratique d'une société politique. Auparavant, les lacunes des traités antérieurs sur cette question pouvaient se comprendre dans la mesure où un point crucial de la souveraineté des Etats était touché. Depuis, les susceptibilités ont su être ménagées et le traité établissant une constitution pour l'Europe aurait pu tenir compte des progrès dans ce domaine afin de proposer une avancée plus décisive. En définitive, la remarque de Jean-Marie Denquin selon laquelle « les droits reconnus sont modestes [...] et ne donnent aux citoyens aucun contrôle sur la marche des affaires européennes » et que par conséquent « le mot citoyenneté paraît donc constituer un effet d'annonce et une pierre d'attente »², est d'autant plus d'actualité. La consécration donnée à la citoyenneté par le traité établissant une constitution pour l'Europe s'apparente donc plus à une fonction idéologique qu'à une réelle instauration d'une citoyenneté européenne. Cette dernière apparaît comme un instrument de légitimation d'une construction européenne sans les citoyens dans lequel rien n'est à attendre si ce n'est une hypothétique révision du titre V.

2 - Une timide innovation : l'initiative populaire

L'article I-47 alinéa 4 du traité établissant une constitution pour l'Europe prévoit que « des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'Etats membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la commission, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée

¹ Source : <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/03/cv00/cv00850fr03.pdf>
Préface du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe remis le 18 juillet 2003, p. 1.

² Jean-Marie DENQUIN, « Citoyenneté », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F., coll. « Quadrige », 2003, p. 200.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application de la constitution. La loi européenne arrête les dispositions relatives aux procédures et conditions requises pour la présentation d'une telle initiative citoyenne, y compris le nombre minimum d'Etats membres dont les citoyens qui la présentent doivent provenir »¹. Cette procédure est présentée comme un élément important de la démocratie participative puisqu'elle est l'une des illustrations de ce principe². Mais, là encore, l'effet d'annonce l'emporte sur l'impact réel que pourrait avoir dans l'avenir cet article. Trop d'éléments soulignent les limites de cette idée. Tout d'abord, seuls les citoyens européens pourront user de cet article. Lorsque l'Union souhaite étendre un droit à l'ensemble des personnes, elle le précise clairement dans l'article visé. Il en va ainsi du droit de pétition. Le droit d'initiative populaire est un droit qui s'ajoute à la liste de ceux de la citoyenneté européenne. L'initiative populaire serait donc un droit inhérent à la citoyenneté, pourtant nous ne pouvons aller jusque là. En effet, s'il s'agissait d'un droit inhérent à la citoyenneté, il importerait peu de connaître l'Etat de résidence du citoyen. Or, la condition d'être issu d'un certain nombre d'Etats membres amène à penser différemment. L'importance donnée à la nécessaire représentation des Etats membres annule en partie la citoyenneté européenne. En outre, leur poids est accentué dans la mesure où est requis un nombre « significatif » d'Etats membres, ce qui montre aussi le refus de conférer une certaine autonomie à la citoyenneté européenne. Cette impression a été confirmée par la formulation devenue plus stricte au regard de ce que prévoyait l'article I-46 alinéa 4 du projet de constitution européenne et selon lequel la loi européenne arrêterait seulement « les dispositions relatives aux procédures et conditions spécifiques requises pour la présentation

¹ *J.O.U.E.*, 16 décembre 2004, p. 35.

² L'article I-47 du traité établissant une constitution pour l'Europe s'intitule « principe de la démocratie participative » et comporte quatre alinéas.

Marie de Cazals

d'une telle initiative citoyenne »¹. Désormais, il est clairement indiqué que le « nombre significatif d'Etats membres » pourra être précisé.

Le droit d'initiative populaire sera un droit de participation car il permettra que les citoyens demandent l'adoption d'un acte juridique. Rien ne s'opposera à ce que ce soit une participation politique puisque le traité établissant une constitution pour l'Europe entend par acte juridique de l'Union « la loi européenne, la loi-cadre européenne, le règlement européen, la décision européenne, les recommandations et les avis »². Les citoyens européens pourront donc demander l'adoption d'une loi. Toutefois, il apparaît peu probable qu'une telle voie soit suivie parce que la demande des citoyens devra être "appropriée". Approprié s'entend de ce « qui est convenable »³, adéquat, conforme. Il sera difficile dans ces conditions de concevoir qu'une proposition de loi émanant des citoyens puisse aboutir comme telle. Dès lors, tout comme le droit de pétition, cette initiative populaire sera utilisée pour faire respecter des droits individuels et non pour permettre une participation des citoyens à la prise d'actes juridiques majeurs. Un ajout nouveau ou une modification profonde de la constitution ne seront pas envisageables par ce procédé. Cela est une certitude puisque le domaine de l'initiative n'est pas en faveur d'un infléchissement de la constitution ; il a seulement pour objectif de demander à ce que des actes soient pris pour une bonne application de celle-ci. Ensuite, l'acte transmis à la commission ne sera qu'une simple invitation et il ne semble pas y avoir d'obligation pour la commission de donner suite à la demande des citoyens. D'ailleurs, il n'est question que de propositions formulées par les citoyens, la commission disposera. Enfin, rien n'est définitif concernant ce droit d'initiative puisqu'il appartiendra à une loi européenne de fixer la procédure et les conditions spécifiques requises.

¹ Source : <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/03/cv00/cv00850fr03.pdf>
Partie I, titre VI du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, p. 39.

² Article I-33 du traité établissant une constitution pour l'Europe.

³ *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Robert I, Le Robert, 1985, p. 89.

La citoyenneté européenne, nouvel objet

Des changements sont encore possibles pour améliorer la citoyenneté européenne et la rendre concrète. A l'heure actuelle, elle n'est visible qu'au travers d'une atomisation de droits individuels et non politiques. Elle est d'autant plus malaisée à appréhender que la citoyenneté n'est remarquable « que là où les prérogatives et les responsabilités du citoyen mettent en œuvre une certaine forme de partage du pouvoir »¹. Ce point est difficilement appréciable dans le traité établissant une constitution pour l'Europe. Les avancées concernant la citoyenneté européenne sont certaines mais, en définitive, insuffisantes pour assurer sa concrétisation auprès des citoyens.

¹ Sophie DUCHESNE, « Citoyen, citoyenneté » dans Pascal PERRINEAU et Dominique REYNIE, *Dictionnaire du vote*, P.U.F., 2001, p. 189.

**LA CITOYENNETE EUROPEENNE :
UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE
EN DEVENIR**

**par Dawn Sarrion-Metcalf,
attachée temporaire d'enseignement
et de recherche en droit public
à l'Université des sciences sociales de Toulouse**

*« La citoyenneté européenne est un but
mais elle n'est pas une réalité »¹*

A l'image de la construction européenne, l'idée d'une citoyenneté supranationale européenne s'est progressivement installée -et ce dès le traité de Rome qui faisait déjà référence dans son préambule à une volonté « d'établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »- jusqu'à devenir une réalité juridique avec le traité de Maastricht, dont les termes affirment qu'il faut « renforcer le caractère démocratique et l'efficacité du fonctionnement des institutions et établir une citoyenneté européenne ». Cette volonté de créer un lien direct entre les ressortissants des Etats membres et les institutions communautaires, tout en étant ancienne, n'a donc réellement vu le jour que très récemment.

En effet, depuis les années 1970, plusieurs projets avaient tenté de consacrer l'existence de cette citoyenneté. Le premier, le rapport

¹ Pierre FAUCHON, cité par Emmanuel AUBIN, « La transposition dans l'ordre constitutionnel français du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens résidant en France aux élections municipales : vers une citoyenneté multiple ? », *Les Petites Affiches*, 19 août 1998, n° 99, p. 10.

« Tindemans », rédigé dès 1975, à la suite des conclusions formulées par le Sommet européen de décembre 1974, avance l'idée de la création d'une « Europe des citoyens ». Trop audacieux selon les chefs d'Etat et de gouvernement de l'époque –le rapport propose notamment un droit de recours direct des particuliers devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), ou encore la disparition du contrôle des personnes aux frontières-, les préconisations de Léo Tindemans ne parviennent pas à convaincre définitivement les différents partenaires européens. Pour autant, s'appuyant sur ce rapport, le Parlement européen vote dans sa séance du 16 novembre 1977 une résolution axée sur la volonté d'attribuer des droits civils et politiques aux citoyens de la Communauté européenne. En février 1984, un projet de traité de l'Union européenne est adopté par le Parlement européen, dont l'article 3 définit, comme suit, la citoyenneté de l'Union : « Les citoyens des Etats membres sont par là-même citoyens de l'Union. La citoyenneté de l'Union est liée à la qualité de citoyen d'un Etat membre ; elle ne peut être acquise ou perdue séparément. Les citoyens de l'Union participent à la vie politique de celle-ci dans les formes prévues par le présent traité, jouissent des droits qui leur sont reconnus par l'ordre juridique de l'Union et se conforment aux normes de celui-ci »¹.

C'est au cours du Conseil européen de Fontainebleau les 25 et 26 juin 1984 qu'un comité « Europe des citoyens » est constitué, afin de tenter de juridiciser la notion de citoyenneté européenne. Ce comité, dit comité « Adonnino » va rédiger deux rapports successifs. Le premier, rendu en mars 1985 à Bruxelles, propose de développer les droits du citoyen, en mettant l'accent sur le droit de séjour, seul droit détaché d'une quelconque activité économique, contrairement au droit d'établissement ou encore à la liberté de circulation. Le second rapport, rendu en juin 1985 à Milan, tend vers une intégration plus réelle du citoyen dans le processus communautaire, avec l'instauration d'un droit de pétition pour chaque citoyen, l'adoption

¹ Parlement européen : Projet de traité instituant l'Union Européenne, février 1984. Voir F. CAPOTORTI, F. JACOBS et J.P. JACQUE, *Le traité sur l'Union européenne*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 1985.

La citoyenneté européenne, construction juridique

d'une procédure électorale unique pour les élections européennes, la mise en place d'un médiateur européen, mais aussi et surtout le droit de vote et d'éligibilité des citoyens communautaires aux élections locales dans leur Etat de résidence, au même titre que les nationaux de cet Etat. L'Acte unique européen signé les 17 et 28 février 1986 ne tiendra pourtant pas compte de ces deux rapports, et sera plutôt axé sur le fonctionnement du marché intérieur.

C'est finalement une proposition du gouvernement espagnol remise en septembre 1990 aux chefs d'Etat et de gouvernement qui va redonner un élan à la citoyenneté européenne, inscrite à l'ordre du jour de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique à Rome en décembre 1990. La citoyenneté semble alors être devenue une nécessité, puisque la proposition énonce que « le passage à une union politique, comportant une politique extérieure et de sécurité commune et une union économique et monétaire, bouleverse radicalement les données qui avaient prévalu jusqu'ici : il exige la création d'un espace commun intégré, où le citoyen aurait un rôle central et fondamental »¹. Cette exigence sera reprise dans le traité sur l'Union européenne, dans sa deuxième partie, bien que le citoyen européen n'y ait pas réellement ce rôle « central et fondamental ».

Il reste que la citoyenneté existe enfin juridiquement, et peut même être soumise au contrôle de la Cour de justice de par son insertion dans le corps du traité. Ses composantes complètent des droits qui existaient déjà pour certains ressortissants communautaires, ressortissants exerçant une activité économique, ou ayant une qualité particulière, puisque désormais les droits et devoirs énumérés dans le traité sont opposables à tous les citoyens communautaires, sans référence à une quelconque autre qualité que celle de la détention de cette citoyenneté.

La définition posée par le traité de Maastricht est parfaitement claire : l'article 8 B du traité prévoit qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la citoyenneté d'un Etat membre ».

¹ Agence *Europe*, n° 1653, le 2 octobre 1990.

Dawn Sarrion-Metcalf

La difficulté de sa reconnaissance réside pourtant d'une part dans la rédaction des textes qui l'instituent (articles 8A à 8D du traité de Maastricht), mais aussi et surtout dans son applicabilité en droit interne.

Les dispositions du traité sur l'Union sont en effet assez hétérogènes dans les droits et garanties accordés aux citoyens, mais restent surtout insuffisantes. Si des outils sont mis à la disposition du citoyen afin de lui permettre une participation effective à la construction et la pérennité de l'Union, il reste que ceux-ci sont encore limités. Cette constatation est confortée par le fait que la définition textuelle de la citoyenneté de l'Union reste encore très imprécise. La volonté politique de la rendre effective existe, mais les moyens permettant de concrétiser son existence peinent à se mettre en place. La réalité juridique de chaque Etat membre impose une certaine prudence quant aux conséquences concrètes d'application de cette citoyenneté désormais complémentaire de la citoyenneté nationale. Plus encore, sa teneur n'est pas uniquement politique comme pour la citoyenneté nationale, mais également juridique et économique, ce qui implique l'exercice d'un nouveau type de citoyenneté, concomitant avec la citoyenneté nationale, que la nouvelle citoyenneté européenne « complète » mais « ne remplace pas »¹.

Les travaux de la convention sur l'avenir de l'Union européenne (UE) ont donné une nouvelle actualité à la citoyenneté européenne en tentant de renforcer un peu plus les liens existant entre les différents peuples composant l'UE, et notamment en clarifiant et en rendant plus effective la « citoyenneté de l'Union », afin de pouvoir plus aisément évoquer l'existence d'un « peuple européen ».

Il convient pourtant de tenir compte du fait que ce sont principalement les Etats membres qui sont actuellement en mesure de rendre effective cette citoyenneté, en insérant ces dispositions dans leur ordre juridique interne. La France a dû, pour ce faire, réviser par deux fois sa constitution². Malgré tout, les débats autour de ces

¹ Article 17 du traité d'Amsterdam.

² Lois constitutionnelles des 25 juin 1992 et 20 juillet 1998. Notons que la récente décision 505 DC du 19 novembre 2004 rendue par le Conseil

La citoyenneté européenne, construction juridique

révisions et l'interprétation des textes communautaires au regard de la constitution dénotent la difficile acceptation nationale de cette citoyenneté. La tradition souverainiste du peuple français explique la difficulté de rendre effective une citoyenneté qui n'est pas exclusivement liée à la nationalité française. Il reste que le juge constitutionnel français est désormais amené à composer avec de nouvelles dispositions constitutionnelles, et à faire évoluer sa jurisprudence en tenant compte de ces nouveaux principes, ce qui ne va pas sans poser problème, notamment concernant le champ d'application de cette citoyenneté.

Reste qu'à l'heure actuelle, l'effectivité de la citoyenneté européenne passe essentiellement par l'existence de moyens mis à la disposition du citoyen européen d'exercer des recours juridictionnels devant le juge. La citoyenneté européenne semble en effet être plus axée sur la protection de droits spécifiques que sur l'exercice d'une liberté politique, puisque la participation politique des citoyens européens est restreinte au droit électoral. Cette constatation aboutit à une nouvelle appréhension du concept de citoyenneté puisque le citoyen s'apparente à « un consommateur de justice plutôt qu'à un citoyen actif »¹. C'est en partant de ce constat qu'il convient alors de s'intéresser à la jurisprudence de la CJCE, qui reçoit les demandes des citoyens en cas de litige. Le juge européen dispose d'un pouvoir de sanction en cas de manquement des Etats ou des instances communautaires relativement au respect de cette citoyenneté. Il semble par conséquent qu'à l'heure actuelle, le juge soit le meilleur garant de l'effectivité de cette citoyenneté, relayé par le Tribunal de première instance, mais aussi par la saisine du médiateur européen mise à la disposition des citoyens. La citoyenneté européenne, si son existence est donc récente, produit d'ores et déjà des effets, d'où l'intérêt de mettre en avant ses composantes et son effectivité réelle.

constitutionnel à propos de la constitutionnalité du « traité établissant une constitution pour l'Europe » implique une nouvelle révision constitutionnelle afin de pouvoir ratifier le traité.

¹ L. SIEDENTOP, *La démocratie en Europe*, traduction A. Collas et H. Prouteau, Paris, éd. Buchet-Castel, 2003, p. 73.

Pour autant, ainsi que le fait remarquer Emmanuel Aubin, il est frappant de constater que « la citoyenneté de l'Union Européenne a suscité relativement peu d'études systématiques, en France, alors même que sous la pression conjuguée de la jurisprudence communautaire et du Conseil constitutionnel français, cette citoyenneté multinationale est une « notion qui prend corps » »¹. La citoyenneté européenne est par conséquent aujourd'hui effective, et tend à exister en tant que telle, indépendamment de la citoyenneté dite « nationale », même si son existence reste cependant encore liée à la condition de nationalité d'un des Etats membres.

L'intérêt de cette étude réside donc, en premier lieu, dans l'exposé des composantes actuelles de la citoyenneté européenne, tant d'un point de vue des textes européens que dans son existence concrète au sein de l'ordre juridique interne, afin de démontrer qu'il existe une volonté de reconnaissance juridique de la citoyenneté européenne, réelle mais ciblée (I). L'étude de ce contenu amène alors à s'interroger sur les moyens de rendre effective cette citoyenneté, et permet de constater que seul le juge européen est aujourd'hui amené à faire réellement respecter cette citoyenneté. Il semble que le pouvoir judiciaire, qu'il soit européen ou national, reste le moyen le plus opérant de concrétiser le respect de principes nouveaux, même si l'on peut s'interroger sur le bien-fondé d'une logique de judiciarisation du pouvoir (II).

I - Pour une reconnaissance de la citoyenneté européenne

La réalité juridique de la citoyenneté européenne a vu le jour avec le traité de Maastricht signé en 1992 ; si le traité d'Amsterdam complète cette définition, il n'en modifie pas les aspects principaux. Plus récemment, le projet de constitution européenne n'apporte que très peu de compléments à la définition originelle. C'est donc dans l'étude de cette première définition, formulée en 1992, que l'essentiel de cette citoyenneté apparaît, tant d'un point de vue de son contenu

¹ E. AUBIN, « La citoyenneté de l'Union Européenne dix ans après : *quid novi* ? », dans *AJDA*, novembre 2003, n° 39, p. 2064.

La citoyenneté européenne, construction juridique

que de ses lacunes (A). Il reste que pour appréhender cette citoyenneté, il convient de constater si sa transposition en droit interne français est effective. Là encore, si une définition émerge du droit interne, elle reste ciblée, et par conséquent limitée dans ses applications (B).

A - Aspects communautaires de la citoyenneté européenne

Les éléments composants la citoyenneté européenne se trouvent dans la deuxième partie du traité de Maastricht à l'article 8 (aujourd'hui, depuis la signature du traité de Nice, ce sont les articles 17 à 22 du traité instituant la Communauté européenne). La définition de cette citoyenneté est axée sur quatre éléments principaux et la future constitution européenne reprend pour l'essentiel la définition de 1992 (1), ce qui permet d'affirmer qu'à l'heure actuelle, cette citoyenneté reste un élément secondaire du droit communautaire ; en effet, sa définition en fait une citoyenneté dépendante du droit interne de chaque Etat membre (2).

1 - Le contenu de la citoyenneté européenne : une évolution relative

L'instauration de la citoyenneté européenne vise initialement à renforcer et à promouvoir l'identité européenne, en impliquant davantage les citoyens dans le processus d'intégration communautaire. Pour autant, force est de constater qu'elle reste fortement ciblée, à tout le moins pour le moment, et pour l'essentiel, les dispositions et droits spécifiques qu'elle renferme peuvent se regrouper sous quatre catégories.

En premier lieu, le principe de la liberté de circulation et de séjour sur tout le territoire de l'Union va bénéficier à l'ensemble des ressortissants communautaires, qui vont désormais pouvoir la revendiquer en dehors de toute activité économique (article 18, ancien article 8A). Ce droit constitue l'aboutissement naturel du principe de libre circulation des personnes instauré dès 1957 dans le traité de Rome –mais initialement réservé aux ressortissants européens se déplaçant dans le cadre exclusif d'une activité économique établie- et illustre parfaitement le fait que l'on passe de « l'Europe des

marchands à l'Europe des citoyens ». Même si cette disposition ne concerne encore qu'une minorité d'individus, elle demeure incontournable car c'est dans ce cadre de la mobilité que nombre des attributs de la citoyenneté vont s'exercer, et notamment le droit de vote au niveau local pour les ressortissants communautaires. Plus encore, la plupart des recours intentés aujourd'hui devant la Cour de justice sont liés à l'exercice de ce droit de circulation.

En second lieu, le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes et municipales dans l'Etat membre de résidence va permettre de renforcer le statut local du citoyen européen (article 8B), en lui octroyant à ce niveau des droits équivalents aux nationaux du pays. C'est la disposition qui va poser le plus de problème dans sa transposition en droit interne -et, nous le verrons, c'est le cas en droit français-, mais c'est incontestablement une autre disposition fondamentale car elle relève de la conception usuelle de la citoyenneté du fait de l'exercice d'un droit d'essence politique.

En troisième lieu, les citoyens communautaires vont bénéficier du droit à la protection consulaire et diplomatique de tout Etat membre, dans le cas d'un séjour dans un pays tiers (article 8C). Cette protection s'exerce lorsque l'Etat dont le ressortissant communautaire a la nationalité n'est pas représenté. Il pourra alors bénéficier, de la part de l'Etat membre, de la même protection diplomatique que les nationaux de cet Etat. Cette disposition semble pour autant n'avoir qu'une portée assez limitée, puisque rares sont aujourd'hui les pays membres de l'Union à ne pas être représentés dans les pays tiers.

Enfin, sont institués un droit de pétition devant le Parlement européen ainsi qu'un droit de recours devant le médiateur, accessibles à toutes les personnes physiques et morales résidant sur le territoire des Etats membres de l'Union (article 8D). En fait d'institution, le droit de pétition existait déjà dans le règlement du Parlement européen, mais son insertion dans le traité lui confère une assise juridique. Ce droit permet à toute personne, ou association de personnes, physiques ou morales, d'évoquer un problème relatif à un des domaines d'activités de l'Union, problème qui affecte directement le pétitionnaire. Quant au recours potentiel au médiateur, c'est la

La citoyenneté européenne, construction juridique

conséquence de l'instauration d'un nouvel organe communautaire établi afin d'offrir une protection –non juridictionnelle- aux individus contre les décisions de l'administration communautaire. Il peut ainsi exercer un pouvoir de recommandation à l'encontre des administrations visées en cas de manquement constaté.

Cette définition de la citoyenneté va être complétée dans son contenu par le traité d'Amsterdam, en ce qu'il accorde un nouveau droit au citoyen européen, celui de pouvoir écrire aux différents organes de l'Union européenne dans une des douze langues des traités et recevoir une réponse rédigée dans cette même langue. Le traité explicite de plus les liens entre la citoyenneté européenne et la citoyenneté nationale, en précisant que la condition préalable à l'obtention de la citoyenneté européenne est de détenir la nationalité d'un Etat membre ; le traité précise par ailleurs que les droits acquis sont complémentaires à la citoyenneté nationale. L'on constate donc que les textes actuels offrent une définition claire mais largement insuffisante, semble-t-il, au regard des objectifs de départ qui visaient notamment à donner « un rôle central et fondamental »¹ au citoyen. Les droits octroyés au citoyen se révèlent être d'une portée relative, puisque cantonnés à des domaines restreints, et n'intègrent pas réellement le citoyen dans le processus décisionnel de l'Union. C'est pourtant cet élément qui aurait permis de considérer que la citoyenneté intégrerait de manière fondamentale le citoyen dans le devenir politique de l'Union européenne.

L'actualité de la citoyenneté se retrouve dans le projet de constitution européenne. La convention européenne présidée par Valéry Giscard d'Estaing a remis son projet lors du Conseil de Thessalonique le 20 juin 2003, et le texte complété de quelques mises au point a été finalement transmis au Conseil européen le 18 juillet. Si le projet vient finalement à voir le jour², il assurera la fusion des

¹ Extrait de la proposition du gouvernement espagnol, *Agence Europe* n° 1653 du 2 octobre 1990.

² Le Conseil européen a adopté le texte sur la future constitution européenne le 18 juin 2004, et la signature du traité établissant une constitution pour l'Europe a eu lieu le 29 octobre 2004 à Rome. Reste que les différents Etats-

traités antérieurs et inclura la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est dans le titre II du projet de constitution que se situent les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union. Or le constat est clair : aucune modification à la définition de la citoyenneté n'est apportée, puisque cette dernière (article 8 partie I) reprend exactement les termes des traités de Maastricht et d'Amsterdam. Le projet de constitution ne renforce donc aucunement les caractères de la citoyenneté dans sa définition. Seul le fait que la citoyenneté soit liée aux droits fondamentaux dans le titre II du projet laisse à penser que sa portée en serait éventuellement renforcée, puisque l'on peut supposer que son insertion à cet endroit du projet vise à ériger les droits du citoyen européen au même rang que les droits de l'homme européen.

Reste que le projet de constitution européenne apporte tout de même une nouveauté puisque l'article 46 intitulé « Principe de la démocratie participative » prévoit la création d'un droit d'initiative citoyenne des lois. Ainsi, un million de citoyens des différents Etats membres pourraient demander à la commission de soumettre une proposition législative à l'Union, sur une question jugée nécessaire par eux « aux fins de l'application de la constitution ». Il reste regrettable que cette disposition soit imprécise. En effet, l'article 46 évoque la nécessité d'une proposition faite par au moins « un million de citoyens de l'Union issus d'un nombre *significatif* d'Etats membres ». Mais l'on peut légitimement s'interroger pour savoir en provenance de combien d'Etats le nombre significatif serait adéquat. L'article évoque par ailleurs la nécessité d'une « proposition *appropriée* » ; là encore les termes de cette disposition sont trop imprécis pour permettre une lecture claire de cette prérogative populaire. Ce qui semble approprié pour les citoyens ne l'est peut-être pas immédiatement pour la commission européenne, et l'on peut s'interroger sur la grille de lecture que choisira la commission pour l'évaluation de l'« appropriation » de ces propositions.

membres devaient faire ratifier le projet dans leur droit interne respectif, ce qui impliquait une révision constitutionnelle, soit par le référendum, soit par la voie institutionnelle.

La citoyenneté européenne, construction juridique

Force est par conséquent de constater que les évolutions concernant la citoyenneté sont peu probantes, et que le projet de constitution n'a pas su donner à cette notion la place que l'on attendait. Ainsi, la lecture approfondie du contenu de la citoyenneté européenne invite à constater les imperfections qu'elle recèle.

2 - Une citoyenneté lacunaire et secondaire

Dans un sens classique, la citoyenneté fait toujours référence à une relation politique et juridique directe entre les citoyens et l'Etat. L'on pouvait donc attendre de la mise en place d'une citoyenneté européenne l'expression d'une appartenance des citoyens à une entité politique nouvelle. Ce n'est cependant pas tout à fait le cas à l'heure actuelle, puisque les droits conférés aux citoyens de l'Union ne semblent pas tous remplir cette condition, et par conséquent ne tissent pas forcément une relation juridique directe entre le citoyen européen et l'Union. La citoyenneté de l'Union reste limitée, et les seuls véritables droits politiques liant directement les individus à l'Union consistent en l'élection des députés européens, le recours au médiateur et la possibilité de déposer une pétition. Plus encore, il convient de signaler que le recours au médiateur, tout comme le droit de pétition, ne sont pas uniquement réservés aux citoyens européens, puisque toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans l'un des Etats membres peut user elle aussi de ces instruments de recours. Cette constatation revient à relativiser la valeur de cette nouvelle citoyenneté, en ce qu'elle ne crée pas, dans ces domaines, de réelle attribution citoyenne.

Pour le reste, les composantes de la citoyenneté établissent soit des relations entre les citoyens et leur Etat de résidence (droit de vote et d'éligibilité aux élections locales), soit des relations entre ces citoyens et les Etats membres (protection diplomatique et consulaire, principe de libre-circulation). De ces restrictions à la participation politique des citoyens naît par conséquent un éloignement considérable de la définition classique de la citoyenneté, qui préconise un lien réel entre le citoyen et la prise de décision politique. Si le citoyen européen a la possibilité de participer à l'exercice de la souveraineté dans l'Union

par le biais des élections européennes, l'on sait combien la place du Parlement européen dans le processus décisionnel reste encore réduite à l'heure actuelle, et la réalité juridique amène à s'interroger sur les réformes souhaitables dans la désignation de l'exécutif européen, qui impulse et fait appliquer la réglementation communautaire.

Par ailleurs, la nature de la citoyenneté européenne, plus que son contenu, atteste de sa spécificité, puisque son acquisition reste avant tout conditionnée par la détention préalable de la nationalité d'un des Etats membres, contrairement à la citoyenneté qui peut être conférée par un Etat indépendamment du droit à la nationalité. En effet, en droit interne, et ce malgré la fréquente concomitance entre les deux notions, un citoyen n'est pas toujours un national, la citoyenneté atteste uniquement de l'appartenance à un ordre juridique déterminé. Ceci s'explique simplement en constatant qu' « entre la nation et la citoyenneté, le lien n'est pas logique mais historique »¹. Dans le cadre de l'Union européenne, l'originalité consiste donc en ce que d'une part, « la citoyenneté précède la communauté politique »², et que d'autre part, son existence est arrimée juridiquement à une condition de nationalité, qui n'est pourtant pas la nationalité « européenne ».

Si un nouveau type de citoyenneté peut donc voir le jour avec la construction européenne, il reste que les Etats membres sont les seuls à pouvoir l'attribuer au travers de l'appartenance nationale préalable. La conséquence en est que « le lien entre nationalité et citoyenneté n'est pas fondamentalement remis en cause. D'un côté, en effet, les citoyens de l'Union européenne ne deviennent pas pour autant citoyens des Etats membres dont ils n'ont pas la nationalité ; de l'autre, et en sens inverse, la citoyenneté européenne s'attribue en

¹ D. SCHNAPPER, « La citoyenneté européenne », in *Revue de la Confédération française démocratique du travail*, n° 21, juin-juillet 1999, p. 6.

² J.C. MASCLLET, « Elaboration et expression de la citoyenneté : vers une citoyenneté européenne ? », in *Cahiers français*, « Citoyenneté et société », n° 281, p. 81.

La citoyenneté européenne, construction juridique

fonction de la nationalité des Etats membres [...]»¹. La citoyenneté européenne s'établit donc bien en fonction d'une nationalité, certes non pas une nationalité européenne, mais tout de même par un lien direct, entre le citoyen et un des Etats membres.

Cette nouvelle citoyenneté est par conséquent avant tout dérivée des droits nationaux, elle reste complémentaire de la citoyenneté nationale : « La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »². C'est bien d'une « citoyenneté de superposition »³, mais surtout de subordination dont il s'agit ici, puisqu'elle n'existe qu'au travers de la détention préalable d'une nationalité d'un des Etats membres, et n'a par conséquent pas d'autonomie, l'Union ne disposant d'aucune compétence pour l'attribuer. Renaud Denoix de Saint Marc en conclut brutalement que « la citoyenneté européenne n'est qu'une expression à peu près vide de contenu réel, un plaquage juridique sur la réalité des citoyennetés nationales »⁴.

C'est cette constatation importante qui nous amène à devoir considérer plus attentivement la transposition de cette citoyenneté européenne au sein de notre droit national, puisqu'elle démontre avec force que le rôle des Etats membres reste essentiel. Ils permettent l'attribution de la citoyenneté par la nationalité, mais, plus encore, ils vont devoir assurer son applicabilité sur leur territoire respectif.

B - La transposition de la citoyenneté en droit interne

La primauté de fait du droit communautaire est aujourd'hui incontestable. Si l'ordre juridique interne français donne la suprématie normative à la constitution, et soumet les traités

¹ D. LOCHAK, « La citoyenneté européenne : facteur d'union ou vecteur d'exclusion ? », in *De la citoyenneté*, Geneviève KOUBI (dir.), Litec, 1995 p. 55.

² Article 8 alinéa 1 du traité d'Amsterdam.

³ C. WIHTOL de WENDEN, *La citoyenneté européenne*, Presses universitaires de Sciences Po, 1997, p. 29.

⁴ R. DENOIX de SAINT-MARC, *L'Etat*, Paris, P.U.F, 2004, collection « Que Sais-je ? », p. 57.

internationaux à celle-ci (article 55 de la constitution de 1958), il va sans dire que l'effet direct des traités communautaires s'est clairement imposé juridiquement. A tel point que la constitution a dû être révisée par deux fois, en 1992 puis en 1999, et va l'être à nouveau durant l'année 2005, afin de permettre la ratification des traités de Maastricht et d'Amsterdam, et bientôt celle du traité établissant une constitution pour l'Europe, jugés non conformes à la constitution par le Conseil constitutionnel. Ce sont notamment des dispositions liées à la création d'une citoyenneté européenne qui ont posé problème concernant les deux premiers traités (1). Si cette constatation démontre à elle seule que la réception du droit communautaire est effectuée par le droit national français, il convient de remarquer par ailleurs que le juge constitutionnel tend à préserver « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » en limitant l'exercice de la citoyenneté européenne, et donc en restreignant son application par rapport à la définition donnée dans les traités (2).

1 - Citoyenneté européenne et révisions nécessaires de la constitution dans la transposition des traités communautaires

La signature du traité de Maastricht par la France impliquait d'établir si le traité était conforme à la constitution, en vertu de l'article 54 de celle-ci. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a été saisi une première fois le 9 avril 1992¹, à l'initiative du président de la République. La demande de François Mitterrand précisait que la saisine avait pour but de déterminer si « l'autorisation de ratifier le traité doit être précédée d'une révision de la constitution »². L'on comprend bien que le but était de pouvoir introduire le traité dans l'ordre juridique interne, et que ce fait était incontournable, irréversible. La question essentielle se résumait donc à savoir si, pour ce faire, il fallait modifier la norme suprême. Le Conseil a répondu par l'affirmative, en déclarant contraires à la constitution trois dispositions du traité, et en précisant que « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité sur l'Union européenne ne peut intervenir

¹ Décision 308 DC du 9 avril 1992.

² *J.O.*, 14 avril 1992, p. 5428.

La citoyenneté européenne, construction juridique

qu'après révision de la constitution »¹. Et c'est notamment l'institution de la citoyenneté européenne qui posait problème, puisque l'une des trois dispositions inconstitutionnelles n'était autre que l'article 8 B paragraphe 1^{er} instaurant le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales. Selon le Conseil, cette disposition serait contraire aux articles 3, 24, et 72 de la constitution. En effet, le Conseil va considérer que « le quatrième alinéa de l'article 3 de la constitution implique que seuls les « nationaux français » ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République, et notamment pour celle des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de Paris »². Les conseillers municipaux intervenant dans la désignation des sénateurs, élus qui participent directement à l'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil ne pouvait que sanctionner cette disposition comme étant inconstitutionnelle. Par ailleurs, la jurisprudence antérieure du Conseil s'opposait à une telle reconnaissance, puisque la décision n° 92-3089 du 18 novembre 1992 affirmait que les élections municipales appartenaient à la catégorie des « suffrages politiques » et que l'on ne pouvait conférer des droits politiques à des étrangers sans modifier au préalable la constitution³. Il fallait donc sur ce point, et de manière claire, modifier le texte constitutionnel.

Le constituant, afin de permettre la ratification du traité, décide alors tout simplement d'introduire dans la constitution un nouveau titre intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », qui va devoir permettre la compatibilité entre le traité et la constitution. Le texte constitutionnel est par conséquent modifié le 25 juin 1992 par le Congrès. Pour autant, le Conseil va être à nouveau saisi afin de contrôler la conformité du traité à la

¹ Décision 308 DC.

² Considérant 26 de la décision 308 DC du 9 avril 1992, *GAJC*, 11^e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 786.

³ Voir sur ce point J. VERGES, « Droits fondamentaux et droits de citoyenneté dans l'Union européenne », *Revue des Affaires européennes*, 1994, n° 4, p. 93.

constitution révisée, et va cette fois considérer que « le traité sur l'union ne comporte pas de clause contraire à la constitution »¹. Les requérants arguaient du fait que le traité, malgré la révision récente, restait –notamment- en contradiction avec les articles 3 et 24 de la constitution, relativement au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Le Conseil, afin de rejeter ces arguments, va s'appuyer sur le fait que le constituant est libre de réviser la constitution dans la forme qu'il estime appropriée (ici une révision-adjonction), et par conséquent d'insérer un nouveau titre dans la constitution plutôt que de modifier tous les articles de la constitution en fonction du traité à ratifier². Si l'on peut donc effectivement discuter du fait que des dispositions contradictoires puissent coexister ainsi depuis dans notre constitution, il reste que la volonté d'harmoniser la norme suprême de l'ordre interne avec le traité a été la plus forte. Le juge constitutionnel a donc résolument su orienter sa jurisprudence dans le but de permettre une intégration des principes communautaires dans la constitution. La citoyenneté européenne se voit donc reconnue à part entière dans notre texte constitutionnel dès 1992, même si pour certains, cette introduction s'apparente à une déformation de la constitution. Ainsi, Louis Favoreu affirmera qu'il existe désormais deux constitutions, « l'une correspondant à la conception traditionnelle de la souveraineté nationale et de son exercice indivisible par les représentants du peuple français et l'autre introduisant l'idée d'une souveraineté partagée et d'un Etat membre d'un ensemble plus vaste de type quasi fédéral »³.

¹ Décision 312DC du 2 septembre 1992.

² C'est dans le considérant n° 19, désormais bien célèbre, de la décision 312DC du 2 septembre 1992 que le Conseil constitutionnel va affirmer que « le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle [...] ».

³ L. FAVOREU, extrait d'un article publié dans *Le Figaro* du 22 avril 1992.

La citoyenneté européenne, construction juridique

Dans la même démarche, la constitution a une nouvelle fois été modifiée suite à la signature du traité d'Amsterdam, et une modification de l'article 88-2 du titre sur l'Union européenne de la constitution a été effectuée par le constituant¹. Les dispositions de cet article 88-2 confortent le contenu de la citoyenneté européenne prévue par le traité de Maastricht, mais plus encore, permettent que son application soit impulsée par l'Union en priorité. Si l'on considère, tout comme Florence Chaltiel, que « la notion communautaire de libre circulation des personnes est sans doute d'une richesse insoupçonnée en raison de son caractère tant vague que large »², l'on comprend que ces transferts de compétence pourraient avoir une portée peut-être plus grande que ce qu'avaient prévu les constituants dans leur exercice pratique. L'auteur souligne ensuite que « la gestion en commun du contrôle des frontières confirme implicitement la naissance d'un véritable territoire européen, ce qui contribue à l'unification politique européenne »³.

Pour autant, si l'intégration des principes communautaires dans la constitution est une réalité, il reste que la volonté de protéger la souveraineté, et notamment « les conditions essentielles d'exercice » de celle-ci se dégage tant de la jurisprudence du juge constitutionnel que des lois d'application votées par le Parlement français. La citoyenneté existe, mais son application reste encore ciblée.

¹ Ainsi, depuis la révision du 25 janvier 1999, l'article 88-2 affirme que « Sous réserve de réciprocité, et selon les modalités fixées par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique européenne. Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétence nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés ».

² F. CHALTIEL, « La constitution française et l'Union européenne, à propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 42, 1999, p. 232.

³ *Ibid.*

Dawn Sarrion-Metcalf

2 - Une transposition adaptée de la citoyenneté européenne en droit français : l'exemple du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens aux élections municipales

Le fait que le constituant ait décidé de faire coexister deux types d'exercice de la souveraineté permet un exercice concret de la citoyenneté européenne. La législation européenne, de par son effet direct, s'impose en droit interne, et implique de ce fait que le constituant prenne acte de son existence, et qu'il permette son application. Suite à la révision opérée pour intégrer les principes de Maastricht, il a fallu voter des dispositions législatives permettant notamment l'exercice du droit de vote des ressortissants européens sur le territoire français.

Le droit français a su prendre acte des dispositions européennes à son avantage, puisque le Conseil constitutionnel, dans sa décision Maastricht I de 1992, relève déjà que l'article 8B paragraphe 1 stipule *in fine* que « ce droit sera exercé sous réserve des modalités à arrêter avant le 31 décembre 1994 [...] ; ces modalités peuvent prévoir des dispositions dérogatoires lorsque des problèmes spécifiques à un Etat membre le justifient ». La commission européenne et le Conseil européen ont choisi de fixer ces modalités dans une directive, qui permet par conséquent de respecter les particularités de chaque Etat membre. Ce faisant, les Etats disposaient donc d'un certain temps pour harmoniser leur législation respective, ainsi que d'une certaine latitude quant à la transposition concrète de cette citoyenneté. Conformément à l'article 14 de ladite directive, les Etats avaient ainsi jusqu'au 1^{er} janvier 1996 pour se conformer aux principes instituant le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires.

La France a tardé dans la transposition de la directive en droit interne¹, et c'est la loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998 qui met

¹ Emmanuel Aubin relève en effet qu'« il aura fallu une menace de recours en manquement émanant de la commission pour que la France daigne respecter son obligation communautaire –qui aurait dû être satisfaite avant le 1^{er} janvier 1996-visant à transposer la directive du 19 décembre 1994 relative au droit de vote et d'éligibilité « in loco » des citoyens européens résidant dans un Etat membre autre que le leur aux élections locales ». Voir son article :

La citoyenneté européenne, construction juridique

finalement en place les modalités d'exercice du droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, soit six années après la révision constitutionnelle reconnaissant l'existence de ce droit. Elle prend en considération les recommandations établies par le juge, et va de ce fait limiter l'exercice de cette prérogative, notamment en tenant compte du fait que le juge constitutionnel subordonnait « la constitutionnalité du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens à l'éradication de l'incidence de ce vote sur les élections sénatoriales et, par là même, sur la souveraineté nationale »¹. Outre le fait que l'article 88-3 introduit dans la constitution le 25 juin 1992 limite l'accès aux droits politiques locaux pour les citoyens européens², la loi organique votée par le Parlement va préciser les limites de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens.

Saisi à nouveau avant la promulgation de cette loi organique, le 20 mai 1998, le Conseil va considérer que les conditions imposées par le législateur à l'exercice effectif de la citoyenneté européenne au niveau local sont fondées, considérant que la directive ne s'y opposait pas formellement. Ainsi, seuls les citoyens ayant leur domicile réel, ou dont la résidence en France a un caractère continu, seront considérés comme résidents et pourront par conséquent prétendre au droit de vote et d'éligibilité à l'échelon local, à la condition préalable d'être inscrits sur une liste électorale complémentaire. Par ailleurs, il va considérer comme étant non discriminatoire la disposition imposant la mention de leur nationalité sur la liste comportant la candidature des ressortissants européens, puisque les listes électorales françaises

« La transposition dans l'ordre constitutionnel français du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens résidant en France aux élections municipales : vers une citoyenneté multiple ? », p. 3.

¹ *Ibid.*, p. 4.

² Article 88-3 de la constitution : « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne, [...] le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire et d'adjoint ni participer à la désignation des élections sénatoriales et à l'élection des sénateurs [...] ».

sont uniques et que ces derniers ne peuvent participer à l'ensembles des élections nationales. Enfin, ils ne pourront exercer les fonctions de maire ou d'adjoint, pas plus qu'ils ne pourront être membres ou suppléants du collège électoral sénatorial ni participer à l'élection des délégués sénatoriaux et de leurs suppléants.

La loi organique va donc parfaitement dans le sens de la jurisprudence du Conseil, et précise clairement les modalités d'exercice de la citoyenneté européenne au plan local. La citoyenneté européenne existe donc bel et bien, mais le droit national a su faire en sorte d'encadrer son exercice dans le respect des traditions d'une souveraineté nationale à la française.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a décidé de refuser à un citoyen européen l'éligibilité à la présidence ou la vice-présidence d'un établissement public de coopération intercommunal (EPCI)¹. Le champ d'application de la citoyenneté européenne est de ce fait strictement limité à l'échelon communal, ce qui paraît, comme l'a justement fait remarquer Emmanuel Aubin, contraire à la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994 fixant les modalités du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales². La clause de nationalité ne devait en effet concerner que les collectivités locales de base³ et non les entités supra-communales. Pour autant le droit français persiste dans cette logique puisque la récente mise en place du référendum décisionnel au niveau local, prévu par la loi organique du 1^{er} août 2003 -appliquant la loi constitutionnelle du 28 mars 2003-, exclut des référendums départementaux et régionaux les citoyens européens non français, ne leur permettant une participation référendaire qu'au niveau communal.

¹ CE 8 juillet 2002, *M. Smit c/ Préfet du Cher*, JCP A 2002, n° 1006, note A. Ondoua.

² E. AUBIN, *op. cit.*, p. 2071-2072.

³ Voir en ce sens l'article de Bruno GENEVOIX, « Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente ? », *RFDA* 1998.

La citoyenneté européenne, construction juridique

Reste que l'effectivité réelle de la citoyenneté européenne ne se constate qu'une fois que cette dernière vient à s'exercer. C'est alors au travers de décisions juridictionnelles que l'on constate si son applicabilité est avérée, et les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes reflètent parfaitement l'état des lieux de la pratique de la citoyenneté.

II - Pour une effectivité de la citoyenneté européenne

L'observation des manifestations concrètes de la citoyenneté européenne démontre que seuls les droits de vote et d'élection, d'une part, et le principe de libre-circulation des personnes, d'autre part, sont effectivement et fréquemment exercés. C'est dans les faits, essentiellement au travers de la jurisprudence du juge européen, que sont soulevées les difficultés d'exercice de ces différents droits, mais surtout que leur concrétisation est assise (A). L'interrogation sur cet état de fait nous amène à envisager la prééminence du rôle du juge dans la protection de la citoyenneté européenne, et de manière plus générale, relativement à la protection des droits fondamentaux. En constatant que l'Union européenne n'est pas encore un Etat, le rôle du juge reste fondamental, au point que lui seul soit en mesure de faire respecter les droits individuels (B).

A - La reconnaissance juridictionnelle de la citoyenneté : le rôle majeur de la Cour de justice des Communautés européennes

Dès la signature du traité de Rome, le droit communautaire met en place une justice européenne, en permettant à tous les ressortissants des Etats membres de saisir la Cour de justice des Communautés européennes dans certains litiges définis par le traité (1). Mais c'est surtout depuis 1992 et la signature du traité de Maastricht que la jurisprudence de la Cour prend tout son sens, pouvant désormais s'appuyer sur une définition textuelle juridique de la notion de citoyen européen (2).

Dawn Sarrion-Metcalf

1 - *Citoyenneté européenne et CJCE, ou l'histoire d'une « révolution tranquille »*¹

C'est la Cour de justice des Communautés européennes qui va systématiser « la notion de « sujet du droit communautaire » »². Il est vrai que sa jurisprudence est florissante, puisqu'elle s'exerce dans un cadre institutionnel particulier -un ordre supranational- tout en se rapprochant des procédures nationales puisqu'elle détient plus de pouvoirs que la plupart des tribunaux internationaux, en faisant respecter tant le droit « constitutionnel » de l'Union que le droit administratif de cette dernière.

Dès 1963, la Cour affirme que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leur ressortissants »³. Ainsi, la Cour de justice impose très tôt l'effet direct du droit communautaire, et fait une distinction entre les Etats membres d'une part, et les ressortissants de ces Etats d'autre part. Cette affirmation prédispose à la création future d'une citoyenneté, puisque si les textes ne la prévoient pas encore expressément, des composantes d'une citoyenneté existent déjà, à commencer par l'existence de recours individuels directs des ressortissants vers la Cour de justice, concernant des dispositions communautaires. Paul Magnette relève à ce sujet que « la Cour niait que l'ordre juridique créé par le traité fût un ordre international classique, et elle affirmait qu'il recelait une règle typique des ordres fédéraux : l'existence d'un lien juridique direct entre les ressortissants des Etats membres et la Communauté »⁴. C'est en effet la particularité de l'Union européenne que de ne pas être un Etat, et de pour autant

¹ Expression empruntée à J.H.H. WEILER, « Une révolution tranquille, la Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, n° 32, 1995, p. 119.

² P. MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1999, collection « Etudes européennes », p. 20.

³ CJCE, 5 février 1963, affaire 26/62, *Van Gend en Loos, Rec.*, 1963, p. 1.

⁴ P. MAGNETTE, *op. cit.*, p. 20.

La citoyenneté européenne, construction juridique

entretenir des rapports directs avec les individus ; c'est d'ailleurs l'intérêt premier de l'existence de la citoyenneté européenne aujourd'hui, qui permet ce rapport original. L'impact de la jurisprudence « Van Gend en Loos » est fort : avant même que les textes ne reconnaissent la citoyenneté juridiquement, le juge européen la mettait implicitement en place en donnant un rôle fondamental aux ressortissants des Etats membres. Cette jurisprudence était d'autant plus audacieuse que la Cour reconnaissait dans ce cas un effet direct à des dispositions qui ne l'étaient théoriquement pas. Ce faisant, elle mettait largement en avant les ressortissants au détriment des Etats.

Un exemple typique de l'avancée jurisprudentielle précoce de la Cour se constate concernant le droit de circulation des ressortissants communautaires. Sa jurisprudence dans ce domaine est un élément précurseur de la nécessité de créer une forme de citoyenneté de l'Union.

En effet, si la libre circulation des travailleurs est apparue comme un principe incontournable dès la création de la Communauté économique européenne, il reste que cette liberté ne se concevait que d'un point de vue économique, et non pas social, puisque le seul moyen d'en bénéficier restait le fait d'exercer une activité professionnelle. C'est le juge communautaire qui va interpréter de manière extensive la définition du « travailleur » à toutes sortes d'activités économiques impliquant un déplacement au-delà des frontières nationales, du travailleur à temps partiel en passant par les stagiaires, jusqu'aux travailleurs saisonniers, et allant jusqu'à inclure dans cette catégorie les demandeurs d'emploi sous certaines conditions¹. Plus encore, elle va parfois de son propre fait attribuer le bénéfice de la libre circulation à d'autres ressortissants dits « opérateurs économiques passifs » relativement à la consommation de biens et de services, impliquant dès lors l'existence d'un « citoyen de marché »². Ainsi, les ressortissants mettant en œuvre une opération économique au sens large peuvent bénéficier du principe de libre-

¹ CJCE, 26 février 1991, affaire C-292/89, *Antonissen*.

² Voir en ce sens les développements de Paul MAGNETTE, *op. cit.*, p. 34-35.

circulation durant la commission de l'opération (achat d'un bien à l'étranger par exemple, ou traitement médical subi en dehors de l'Etat de résidence).

Cette logique jurisprudentielle ne sera par conséquent pas rompue lors de l'instauration de la citoyenneté par le traité de Maastricht, elle va au contraire pouvoir s'affirmer.

2 - *Le juge communautaire ou « l'artisan de la citoyenneté »¹ : une avancée jurisprudentielle récente mais réelle*

Il convient de constater que c'est majoritairement à la suite des recours relatifs à la libre-circulation que la CJCE a été amenée à affiner les conditions d'exercice de la citoyenneté européenne depuis son instauration en 1992. C'est en effet le premier droit reconnu par l'article 8 (nouvel article 18), et c'est de loin le droit le plus « utilisé » à ce jour. Et pour cause, puisqu'il est même qualifié de « droit fondamental »² depuis peu.

C'est en 2002 dans l'arrêt *Baumbast* que la Cour a, par un coup de maître, décidé de reconnaître un effet direct à l'article 18 du traité CE relativement à la liberté de circulation des citoyens européens. Cette décision résultait d'une jurisprudence de plus en plus favorable au statut du citoyen européen, dont les prémices avaient été ressentis dès 1999 à propos de l'affaire *Wijsenbeek*³, où l'avocat général avait prôné la reconnaissance du droit de circuler comme un droit fondamental permettant une circulation facilitée aux frontières des différents Etats membres. L'arrêt *D'Hoop c/ Office national de l'emploi* a quant à lui permis aux juges d'affirmer que la seule détention de la citoyenneté européenne permet aux « ressortissants des Etats membres qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité, le même traitement

¹ P. de FONTBRESSIN, « Au-delà des approches institutionnelles, Le juge européen, un philosophe de l'action », *JCP* 1997, I, n° 4049.

² L.A. GEELHOED, conclusions sur CJCE, *Baumbast*, point 105 des conclusions.

³ CJCE 21 septembre 1999, affaire C-378/98, *Rec.* p. I-6207.

La citoyenneté européenne, construction juridique

juridique »¹. Et c'est finalement dans l'arrêt *Grzelczyk*² que la Cour affirme que « le statut du citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres »³. La citoyenneté européenne trouve ainsi sa place dans la jurisprudence de la Cour, à telle point que celle-ci s'y réfère fréquemment, en permettant aux requérants de la revendiquer toutes les fois où leur libre circulation semble entravée. Emmanuel Aubin relève ainsi que « ce « réflexe » de la CJCE reflète clairement la volonté de faire primer la qualité de citoyen de l'Union sur celle de travailleur »⁴. Le citoyen désormais institutionnalisé devient un instrument juridique à la disposition de la Cour de justice, qui va ainsi pouvoir faciliter la mise en œuvre de ce nouveau statut en clarifiant son sens et surtout sa portée pour ses bénéficiaires.

C'est donc l'arrêt *Baumbast* du 17 septembre 2002 qui va, le premier, donner sa pleine valeur à l'article 18 du traité CE en lui reconnaissant un effet direct. Les juges affirment ainsi qu' « un citoyen de l'Union européenne qui ne bénéficie plus dans l'Etat membre d'accueil d'un droit de séjour comme travailleur migrant peut, en sa qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un séjour *par application directe*⁵ de l'article 18 § 1 du traité CE »⁶. Ainsi, la Cour dissocie clairement et définitivement le lien entre l'activité économique et le droit de circuler librement, donnant ainsi sa pleine valeur à l'identité européenne que transmet la qualité de citoyen de l'Union. Cette dissociation est telle que la Cour va par la suite faciliter également le droit de séjour et de circulation aux membres de la famille des ressortissants communautaires⁷, membres ne détenant pas eux-mêmes la qualité de citoyen de l'Union. L'individu est désormais

¹ CJCE 11 juillet 2002, affaire C-224/98, *Rec.* p. I-6191, point 28.

² CJCE 20 septembre 2001, affaire C-184/99, *Rec.* p. I-6193.

³ *Ibid.*, pt 31.

⁴ E. AUBIN, « La citoyenneté de l'Union européenne dix ans après : *quid novi ?* », p. 2066.

⁵ Nous soulignons.

⁶ CJCE 17 septembre 2002, affaire C-413/99, *Rec.* p. I-7091, points 84 à 86.

⁷ Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Mary Carpenter*, CJCE 11 juillet 2002, affaire C-60/00, *Rec.* p. I-6279.

directement visé au travers de cette lecture des textes communautaires. La Cour autonomise la citoyenneté et en fait un principe général, comme l'affirme le président de la Cour de justice, Gil Carlos Rodriguez Iglesias en ces termes : « le statut de citoyen d'un Etat membre se voit complété par un statut de citoyen de l'Union, citoyenneté complémentaire, mais non limitée à la sphère économique »¹. C'est en observant ces clarifications jurisprudentielles que l'on en vient pourtant à s'interroger sur de telles avancées. Le rôle du juge n'est alors plus seulement de sanctionner, mais également d'interpréter les articles du traité, à tel point que ces interprétations apparaissent nécessaires à la pérennité de la citoyenneté européenne.

B - Le juge comme seul instrument actuel de protection des droits du citoyen européen

La citoyenneté se trouve dans le titre II du projet de constitution européenne, au même titre que les droits fondamentaux. La Cour en vient elle-même à qualifier des éléments de la citoyenneté comme étant « fondamentaux », et de cette jurisprudence favorable à l'individu résulte une constatation simple : le juge est aujourd'hui le seul protecteur effectif de la citoyenneté, et de manière plus générale des droits fondamentaux européens (1). Si l'impulsion de cette protection a lieu au niveau du juge communautaire, les juges nationaux tentent quant à eux d'en tirer toutes les conséquences dans leur propre jurisprudence (2).

1 - Le juge communautaire, premier instrument de garantie de la citoyenneté pour les citoyens

Il semble que la jurisprudence récente de la Cour de justice inquiète, du fait de son rôle important dans la construction européenne. C'est ainsi que le président de la Cour a pu lui-même affirmer que « la fonction de la Cour de justice comme juridiction constitutionnelle mérite d'être spécialement soulignée » tout en précisant que l' « on entend [...] des critiques qui reprochent à la Cour

¹ Discours pour l'audience solennelle du 4 décembre 2002.

La citoyenneté européenne, construction juridique

d'agir plutôt comme moteur de l'intégration que comme gardien du droit »¹. Concernant l'essor de la citoyenneté européenne, il est certain que la jurisprudence de la Cour s'est progressivement axée sur les individus, alors qu'au départ ses décisions étaient essentiellement tournées vers des problématiques d'ordre économique, et que cette jurisprudence incitative a participé à la reconnaissance de la citoyenneté de par son impact au niveau des institutions communautaires et des Etats membres.

C'est à la lecture des décisions récentes de la Cour relative à la citoyenneté de l'Union, que l'on constate qu'elle considère désormais le droit de circuler et de séjourner librement comme un droit « fondamental »². La Cour s'érige alors implicitement au même rang que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), car le caractère « fondamental », d'un droit est intimement lié à l'individu. Il est à remarquer à ce titre que le projet de constitution européenne inclut dans ses textes la charte des droits fondamentaux de l'Union, et qu'à terme la Cour de justice sera amenée à faire respecter les droits individuels au même titre que les dispositions institutionnelles et économiques des textes communautaires³. Mais cela implique surtout qu'il y ait une réelle dissociation, définitive, entre les libertés économiques et les libertés individuelles. La citoyenneté européenne, ciblée dans son contenu textuel, se révélerait alors beaucoup plus riche qu'il n'y paraît à la lumière des décisions de la Cour de justice. C'est ainsi que Renaud Dehousse relève que « l'ampleur même du rôle de la Cour est source d'interrogations. Comment a-t-elle été en

¹ Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS, *op. cit.*

² Hélène Gaudin en déduit que « le droit de circuler et de séjourner librement serait alors le premier droit fondamental de l'homme communautaire, le citoyen de l'Union », in *Chronique de jurisprudence communautaire, Revue du droit public*, n° 5, 2003, p. 1305.

³ Il convient cependant de noter que dès l'arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969, la Cour de justice se réfère « aux droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect », *Rec.* p. 419. Mais la juridictionnalisation de ces droits permettra à la Cour de les faire respecter en s'appuyant sur des textes établis par le constituant européen lui-même.

mesure d'occuper une place aussi importante, alors que la tradition européenne, héritée de la philosophie des Lumières, s'oppose au principe d'un gouvernement des juges ? »¹. Sans pour autant aller jusqu'à considérer que l'on ait affaire à un gouvernement des juges, il semble bien que la Cour de justice ait acquis un rôle substantiel dans la protection et l'élargissement des droits individuels, puisque plus qu'appliquer les règles de droit à sa disposition, elle contribue largement à les forger et à étendre leur application. Il est évident que ce rôle dépasse de beaucoup les attributions initiales de la Cour de justice, de par les interprétations larges que celle-ci fait des textes communautaires. Mais ce reproche se trouve évidemment atténué à la lecture des textes dont la portée est très souvent générale, et donc sujette à interprétation jurisprudentielle. Qui plus est, les juridictions nationales suivent relativement bien les décisions prises par la Cour de justice, qui semblent toutes alimentées par la volonté de véhiculer un progrès communautaire constant vers l'intégration, ainsi que vers la préservation des acquis communautaires. Enfin, il faut noter que la Cour ne dispose pas d'un pouvoir général de sanction, en effet, ainsi que le relève Constance Grewe, « la CJCE est loin de pouvoir sanctionner toutes les atteintes aux droits. [...] essaiera-t-elle de surmonter ces obstacles [...] ? Elle ne pourra pas créer de recours direct des individus ni obliger les juridictions nationales à un renvoi non obligatoire ni enfin statuer si sa compétence n'a pas été reconnue »². Reste que ces critiques formulées à l'encontre du potentiel créateur du juge communautaire rappellent incontestablement celles qui ont été, et sont encore parfois dirigées vers le juge constitutionnel, lui-même fréquemment amené à interpréter le texte fondamental, outrepassant ainsi parfois son rôle de censeur au profit d'un rôle plutôt normateur. Mais n'est-ce pas

¹ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrétien, 1994, collection « Clefs politiques », p. 8.

² C. GREWE, « Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux », in *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 68-69.

La citoyenneté européenne, construction juridique

finalement le rôle des juges que d'interpréter la loi, et par là même de participer à leur pérennité ?

Il convient par ailleurs, dans l'étude de la protection de la citoyenneté par le juge, de tenir compte de la possibilité pour les justiciables européens de saisir les juridictions communautaires¹, à commencer par le Tribunal de première instance. Ce tribunal a été créé en 1988 pour permettre la mise en place d'un double degré de juridiction d'une part, et d'autre part pour désengorger la Cour de justice et ainsi réduire les délais judiciaires pour améliorer la protection juridictionnelle. L'on a donc ainsi affaire à l'émergence d'une « citoyenneté judiciaire »², constituant un réel droit complémentaire de la citoyenneté formulée dans les traités depuis 1992.

Cette possibilité complète la jurisprudence liée aux recours préjudiciels qui restent le fait des Etats par le biais des juridictions nationales. Si, concernant les plaintes contre les Etats, les recours devant la CJCE ne sont pas directement invocables (les individus doivent saisir leur juridictions nationales, ou déposer une plainte auprès de la commission qui pourra éventuellement aboutir à un recours en manquement), il en va autrement des recours intentés à l'encontre des institutions communautaires relativement à l'édiction d'actes individuels³. Il suffit pour le requérant de démontrer son intérêt à agir, et d'établir la preuve qu'il est directement concerné, ou que la décision contestée a pu prendre l'apparence d'un règlement. Cette possibilité de saisine directe du citoyen a d'autant plus de poids qu'elle s'effectue directement auprès du juge européen, sans avoir préalablement à épuiser les voies de recours internes pour le saisir, comme c'est toujours le cas aujourd'hui pour la Cour européenne des

¹ Sous réserve que les décisions contestées par eux leur soient adressées, ou les concernent directement et individuellement, voir l'article 230 CE.

² O. COSTA, « Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », in *Revue internationale de politique comparée*, « Pratique de la citoyenneté européenne », volume 9, n° 1 (2002).

³ Recours en annulation.

droits de l'homme. C'est ainsi que le juge européen a considéré –bien que cette jurisprudence récente reste encore exceptionnelle- que les règlements peuvent désormais être directement attaqués par les particuliers, tout comme les directives qui constituent des décisions individuelles masquées, ou encore qui impliquent un intérêt direct à agir pour les requérants.

2 - Une spécificité jurisprudentielle communautaire transposable –à transposer- en droit interne

Concernant l'arrêt *Baumbast*, la Cour de justice va jusqu'à préciser que « les éventuelles limitations et conditions de ce droit¹ n'empêchent pas que les dispositions de l'article 18 § 1 CE confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder »². Le juge national semble donc être lié par les décisions jurisprudentielles de la Cour de justice, comme celle-ci se plaît à le rappeler. Il est constant depuis l'existence de la CJCE que les juges nationaux sont liés par les réponses aux questions préjudicielles qu'ils ont posées, mais également concernant toutes les autres décisions qui ont l'autorité de la chose jugée. Reste que la reconnaissance de l'effet direct de l'article 18 implique une réelle prise en compte du droit des citoyens européens dans les ordres nationaux, puisque les citoyens peuvent arguer de cette disposition devant tout tribunal national. La primauté du droit communautaire conforte cette affirmation et démontre ainsi que la Cour est désormais en mesure d'imposer aux Etats membres le respect des droits individuels, y compris quand ceux-ci sont d'application plus large qu'en droit national (l'on pense notamment à la liberté de circulation). Le problème restant souvent le fait de l'harmonisation nécessaire des différents droits nationaux, dont la liste des droits fondamentaux diverge parfois beaucoup. La Cour de justice peut être saisie d'une action en manquement contre un Etat membre qui ne respecterait pas le droit communautaire, et notamment bien sûr les dispositions relevant de la citoyenneté. Mais

¹ Il s'agit ici du droit de séjourner sur le territoire des Etats membres.

² Arrêt *Baumbast*, pt 86.

La citoyenneté européenne, construction juridique

il est clair que les juges nationaux aujourd'hui tendent à se rallier à la jurisprudence communautaire, et participent de son application lors par exemple de l'exécution d'un arrêt en manquement, « le juge national se servant de ses pouvoirs pour contraindre les autorités nationales à mettre en œuvre leurs obligations. Le juge national exerce d'ailleurs lui-même un contrôle sur les manquements étatiques en tant que juge communautaire de droit commun avec la collaboration de la Cour de justice des Communautés européennes par la voie des renvois préjudiciels »¹.

L'on voit bien que la collaboration entre les juges se fait aisément, et l'idée d'une concurrence entre les deux ordres ne semble pas de mise, chaque juge gardant des domaines d'intervention clairs et distincts dans la plupart de leurs attributions. Plus encore, les recours devant la CJCE se faisant encore rare à l'heure actuelle, du fait du manque d'information des citoyens d'une part, et de la difficulté technique de leur mise en œuvre d'autre part, la contribution des juges communautaires « passe davantage par la diffusion de leur jurisprudence, son imposition aux juridictions nationales [...], que par l'ouverture de leur prétoire aux citoyens »². C'est la raison pour laquelle un référendaire du TPI peut affirmer que « le droit communautaire n'existe que s'il est connu. C'est un droit original et difficile. Il faut donc le porter à la connaissance des juges et des avocats nationaux, et plus largement des citoyens et des acteurs économiques »³. D'autant que le juge national reste encore à l'heure actuelle le juge de droit commun relativement à l'observation du respect des normes communautaires. Est-ce à croire que la justice communautaire a élargi les pouvoirs du juge national ? Reste qu'à l'heure actuelle, c'est bien le juge qui permet à la citoyenneté d'exister, tant au niveau national qu'au niveau communautaire. Gageons que cette reconnaissance juridictionnelle soit le prémiss

¹ J. RIDEAU, « Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, p. 88.

² O. COSTA, *op. cit.*

³ *Ibid.*

Dawn Sarrion-Metcalfé

d'une reconnaissance juridique plus approfondie, car bien souvent encore, le juge reste l'instrument d'impulsion dans l'assise juridique de nombre de droits fondamentaux.

LE DROIT INTERNATIONAL CONSTITUTIONNEL

par Jean-Charles Jobart
attaché temporaire d'enseignement et de recherche
en droit public à l'Université des sciences sociales de
Toulouse (IDETCOM-IEID).

Le droit international peut-il constituer un nouvel objet de droit constitutionnel ? Sans doute pas et il est de tradition qu'une constitution nationale détermine certaines compétences quant à la négociation et à la ratification des traités ainsi que la valeur juridique de ces traités. C'est là une partie du droit constitutionnel que le doyen Favoreu proposa de dénommer « droit constitutionnel international », c'est-à-dire le droit constitutionnel relatif au droit international¹. Ce droit, bien que traditionnel, est appelé à se développer de façon exponentielle. « L'évolution actuelle des rapports internationaux et de la technique des traités démontre de la façon la plus claire qu'il n'y a plus de domaine dans lequel le droit international ne puisse pénétrer : ce qui demeure aujourd'hui encore réservé au droit interne ne l'est que provisoirement² ». En 1999, sur 117 lois publiées au *Journal officiel*, 57 portaient autorisation de la ratification d'un accord international. En effet, alors que la France ne concluait que 4 accords bilatéraux par an de 1881 à 1918, elle en concluait 80 par an entre 1950 et 1959 pour

¹ L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP* 1993, p. 41.

² M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de Droit des Gens*, Pedone, 1964, p. 491.

en conclure environ 200 chaque année depuis 1990¹. Ainsi, le droit constitutionnel international prend-il une importance croissante. Selon le décompte de Jean-François Lachaume, « depuis 1959 jusqu'au mois de juillet 2002, le Conseil constitutionnel a rendu une cinquantaine de décisions au titre des articles 61 et 54 dans lesquelles le droit international se trouvait en cause. [...] Il apparaît ainsi que le droit international est présent dans plus de 11 % des décisions² ».

Mais l'évolution n'est pas seulement quantitative : elle est aussi qualitative en ce que les rapports du droit international public et du droit constitutionnel se transforment. « Le texte d'origine de la constitution du 4 octobre 1958 n'a pas pu résister à l'influence du droit international qui en a érodé les arêtes³ » : cette mutation peut se saisir au travers de la notion de « droit international constitutionnel » à laquelle nous allons nous attacher.

En effet, malgré l'importance du droit constitutionnel international, il n'est guère utile de revenir dessus pour redire ce qui a déjà été dit avec talent⁴. Précisons simplement que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la régularité procédurale de la conclusion d'un traité bien qu'il ait déjà précisé les modalités de ratification des traités⁵. Une telle tâche revient donc au juge

¹ CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, p. 19.

² J.-Fr. LACHAUME, *Droit international et Conseil constitutionnel*, Rép. Internat. Dalloz, 2003, p. 3.

³ Cf. LECLERCQ, « La constitution de 1958 face au défi international », in *L'internationalité dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey*, Pedone, p. 1.

⁴ Nous renvoyons aux ouvrages CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français*, *op. cit.* ; P. GAIA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica, 1991 ; E. ZOLLER, *Droit des relations internationales*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992.

⁵ Par exemple, le Conseil a précisé les engagements internationaux soumis à l'article 53 par le critère de la « nature législative » des matières dans lesquelles ces traités interviennent : n° 70-39 DC du 19 juin 1970.

Le droit international constitutionnel

ordinaire¹. En revanche, le Conseil constitutionnel contrôle *a priori* la constitutionnalité des traités, ce à quoi se refuse le juge ordinaire². C'est ce contact entre droit international et droit constitutionnel devant le juge constitutionnel que nous tenterons d'éclairer. Cela nécessite d'abord de concevoir un cadre théorique général des rapports entre droit international public et droit constitutionnel. L'idée clef est que le droit international ne s'applique pas en droit interne : le juge ne fait application que d'un droit interne d'origine internationale. Ce dualisme permet la compréhension d'un rapport complexe entre droit international et droit constitutionnel : la suprématie de la constitution dans l'ordre interne mais sous la contrainte de la suprématie du droit international dans l'ordre international.

On retrouve ici le classique « pont aux ânes » de la controverse entre monisme et dualisme. Faisons à ce propos un rapide rappel.

Le monisme considère que le droit interne et le droit international ne forment qu'un seul corps. Il suffira que le traité, conclu dans l'ordre international par un Etat, obéisse aux procédures de ratification ou d'adoption établies dans l'ordre interne pour que, les mesures de publicité de l'acte étant par ailleurs satisfaites, les normes qu'il comporte soient intégrées à la légalité interne. Cette unité du droit n'est pas fortuite : les sujets de droit sont identiques (des individus), la source de tout droit réside dans l'Etat et l'objet est toujours la réglementation d'un rapport social. La monisme s'appuie

¹ Une telle mission est ainsi pleinement accomplie par le juge administratif depuis la décision du CE, Ass. 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *Rec.* p. 483. Le juge peut ainsi contrôler les exigences du publicité (CE 5 février 1926, *Dame Caraco*, *Rec.* p. 125) ou de l'article 53 (CE, Ass. 5 mars 2003, *M. Aggoun*) et la condition de réciprocité par le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères (CE, Ass. 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, *Rec.* p. 115, jurisprudence condamnée par la CEDH 13 février 2003, *Chevrol c/ France*, req. n° 4963/99).

² CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta*.

en général sur la primauté du droit international¹ mais aboutit à un paradoxe : il existe en fin de compte autant de droits internationaux que d'Etats, donc plus de droit international du tout².

Le dualisme, lui, établit une cloison étanche entre les ordres juridiques interne et international. Il en résulte une indifférence réciproque du droit international et du droit interne et donc l'impossibilité de penser en termes de validité de l'un à l'autre : rien n'est condamnable en droit international au nom du droit interne et inversement. Cette rupture résulte du fait que ces droits n'ont pas les mêmes sujets (les Etats et non les individus), pas les mêmes objets (comportements des Etats et non des individus), et pas les mêmes sources (traités et coutume et non constitution et lois)³. Ainsi, un traité n'est destiné qu'aux organes de l'Etat en charge des relations internationales et non aux particuliers pour lesquels il n'établit directement ni droits ni obligations⁴. A cette fin, une procédure spéciale de « réception » est nécessaire : les normes conventionnelles ne pourront pénétrer dans l'ordre interne que si leur substance se trouve transmutée en droit interne par une norme nationale. Il y a donc deux sphères impénétrables, deux ordres juridiques parfaitement distincts.

Le droit positif est évidemment plus complexe que la simple alternative monisme ou dualisme. Il consacre l'autonomie de chacun des ordres en même temps que leur interdépendance⁵. D'une part, il

¹ H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926-IV, p. 227-331 ; G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, t. II (1934), CNRS, 1984, p. 345-366.

² S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 179.

³ Sur ces définitions, D. ALLAND, *Droit international public*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, chap. 8.

⁴ H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923-I, p. 73-121 ; D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (1928), t. 1 : Introduction. Théorie générale, Sirey, 1929.

⁵ M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges Rolin*, Pédone, 1964, p. 488-505. Voir aussi B. BEIGNIER et S. MOUTON, « La constitution et la convention européenne

Le droit international constitutionnel

appartient aux ordres internes de déterminer la place exacte qu'occupent en leur sein les règles internationales à la réserve près que seules les clauses d'un traité peuvent définir le champ d'application territorial de ce traité¹. En contrepartie, les règles internes contraires à un engagement international ne peuvent être invalidées dans l'ordre interne par une instance internationale mais sont seulement inopposables. D'autre part, le droit international repose sur les engagements internationaux des Etats dont la formation comme l'application relèvent largement du droit interne. Mais aussi bien leurs conditions d'existence que leur régime juridique sont nécessairement encadrés par des règles internationales communes.

Tout dépend donc de choix constitutionnels dans chaque Etat. La constitution française du 9 octobre 1958 est réputée afficher à son article 55 une claire option moniste : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois ». La tradition moniste aurait été inaugurée par les articles 26 et 28 de la constitution du 27 octobre 1946 et l'alinéa 14 de son préambule. Un très grand nombre de textes constitutionnels contemporains comportent aussi l'engagement général de se conformer aux « règles du droit international public » (alinéa 14 du préambule de 1946)². L'application directe des traités par l'effet de dispositions constitutionnelles se retrouve aussi à l'article 25 bis de la constitution belge de 1970 ou à l'article 20 § 1 de

des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636 ; G. TEBOUL, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *RDP* 1999-3, p. 697.

¹ N° 88-247 DC du 17 janvier 1989 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991.

² Bien des Etats acceptent de se conformer aux « règles généralement reconnues du droit international » (art. 10 de la constitution italienne du 27 décembre 1947), aux « règles du droit international généralement acceptées » (art. 28 de la constitution grecque du 9 juin 1975) ou aux « normes et principes du droit international général ou commun » (art. 8 § 1 de la constitution portugaise du 21 avril 1976).

la constitution danoise¹. La constitution des Pays-Bas, révisée en 1983, prévoit à son article 65 que les accords « qui, selon leur contenu, sont de nature à lier les personnes, ont cet effet obligatoire à partir de leur publication ». La Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 est plus ambiguë. Son article 25 dit que « les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral ». Mais la Cour constitutionnelle fédérale a affirmé le caractère dualiste du système allemand en déclarant que la loi autorisant la ratification d'un traité avait aussi pour fonction de réaliser son insertion dans l'ordre juridique allemand². La constitution des Etats-Unis affirme à son article 6 l'appartenance des traités au droit fédéral³. La Cour suprême affirma même dans un arrêt de 1829, *Foster and Elam v. Neilson* que les traités étaient directement applicables, sans qu'il fût nécessaire qu'une législation interne, adoptée par le Congrès, en reprenne le contenu⁴. De leur côté, les constitutions espagnole du 29 décembre 1978 (art. 96) ou algérienne du 19 novembre 1976 se contentent de déclarer que les traités valablement conclus seront parties intégrantes de l'ordre juridique interne. Mais toutes ces formulations sont ambiguës.

C'est que lorsqu'une constitution prévoit que les traités ont une certaine autorité juridique en droit interne, elle opère une sorte de réception générale et par avance, ce qui permet de considérer le monisme comme une « modalité du dualisme⁵ ». D'où la question : est-ce le droit international que les autorités étatiques appliquent

¹ Cf. Ch. VALLEE, « Note sur les dispositions relatives au droit international dans quelques constitutions récentes », *AFDI* 1979, p. 255, CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français*, op. cit., p. 25-35.

² Cour constitutionnelle 9 juin 1971. Les traités ont donc valeur législative : CC 26 mars 1957.

³ Cela fut confirmé par Cour Suprême 1937, *Etats-Unis c/ Belmont* : Les « executive agreements », faisant partie du droit fédéral, ont une valeur supérieure aux lois des Etats.

⁴ La Cour a cependant posé certains critères de l'acte directement applicable : l'intention des parties, le caractère suffisamment précis des dispositions, la nécessité ou non de mesures d'exécution.

⁵ S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 180.

Le droit international constitutionnel

directement dans l'ordre juridique interne ou sont-ce des normes internes, décisions de justice, lois ou décrets, qui exécutent dans l'ordre interne les obligations contractées par l'Etat dans l'ordre international ?

Certaines constitutions consacrent clairement la théorie dualiste. Ainsi, selon la constitution irlandaise, les normes internationales n'ont de valeur juridique qu'au plan des rapports interétatiques et ne font pas partie du droit interne. Dans beaucoup de pays, les normes internationales n'acquièrent valeur juridique qu'après transposition dans l'ordre interne. Ainsi en va-t-il à Malte, en Italie, en Finlande, au Danemark, en Islande, en Suède ou en Norvège. Au Royaume-Uni, les traités, en revanche, ne valent que pour autant qu'ils sont repris par un acte législatif¹. C'est cet acte de droit interne qui va « transformer » le traité international, changer sa nature en en faisant un élément de la légalité interne. Mais le Parlement peut aussi voter une loi déclarant en bloc un traité applicable dans l'ordre interne comme cela fut le cas avec le « European Communities Act » du 17 octobre 1972.

Selon Denis Alland, le juge étatique n'applique pas le droit international mais un droit interne d'origine internationale². Il a alors une conception matérielle : s'applique une norme interne reprenant le contenu d'une norme internationale. Ronny Abraham y répond que le juge national applique en fait un droit international d'origine interne, c'est-à-dire des traités ou règles coutumières qu'il applique sur un fondement interne. La base première de l'application de ce droit international est en effet un ordre que le constituant adresse au juge³. Il en résulte que le juge n'applique ces normes que dans la stricte mesure de l'ordre qui lui en est donné par le constituant. Il s'agit alors

¹ House of Lords 1937, *Attorney General for Canada V. Attorney General for Ontario*.

² D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in P.-M. DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée de Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 47.

³ R. ABRAHAM, « Intervention », in *idem*, p. 71.

d'une conception formelle : une norme internationale va s'appliquer dans l'ordre interne du fait d'une norme nationale.

Jean Combacau conclut que « ce que nous voyons à l'œuvre dans l'ordre juridique interne ne serait pas du droit international substantiel mais quelque chose qui en a pris l'apparence, qui ne fait que l'y représenter ; ce à quoi les juridictions françaises donnent effet, ce ne sont pas des règles internationales mais les prescriptions formelles étatiques, résultant exclusivement du droit français, concernant le traitement des prescriptions substantielles internationales »¹. Parce que ce sont des organes étatiques qui sont chargés de réaliser le droit international, c'est leur « point de vue » sur le droit international qui s'y déploie et non le droit international lui-même. Les juges nationaux assurent l'application du droit international dans le droit interne mais ils le font avec des instruments qui sont ceux du droit interne lui-même. La constitution elle-même cherche à assurer l'efficacité interne du droit international opposable à la France. Les juges obéissent au bout du compte non au droit international mais à des prescriptions internes qui tendent à réaliser les règles du droit international : si leur « source matérielle » est dans cet ailleurs que constitue l'ordre juridique international, leur « source formelle » est bien ici, dans l'ordre juridique national. Ce que Olivier Gohin résume en parlant de la primauté matérielle du droit international public mais de suprématie formelle de la constitution².

Alors, « il faut bien conclure que la constitution de la Ve République n'est pas moniste »³. N'organise-t-elle pas d'ailleurs des procédures substantielles pour assurer l'introduction des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne ? On ne peut comprendre le droit positif qu'en raisonnant dans un cadre dualiste, un « dualisme souple » selon l'expression de Gérard Teboul⁴.

¹ J. COMBACAU, « Conclusions », in *idem*, p. 89.

² O. GOHIN, « La constitution française et le droit d'origine externe », *RFDA* 1999, p. 77.

³ D. ALLAND, « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1670.

⁴ G. TEBOUL, art. cit, p. 699.

Le droit international constitutionnel

Dans l'ordre international, le droit international prime sur les droits nationaux alors que dans l'ordre interne, la constitution prime sur tout et donc même sur les normes d'origine internationale. Il faut alors tenter de concevoir une cohérence entre ces deux ordres : c'est la fonction de la responsabilité internationale des Etats. L'Etat est libre de ne pas affirmer la supériorité du droit international : la seule chose exigée est qu'il se conforme à ses obligations internationales. Ce qui importe est l'effectivité donnée au droit international et non son rang hiérarchique interne. Si l'Etat ne respecte pas ses engagements, il commet dans l'ordre international un acte internationalement illégal susceptible d'engager sa responsabilité internationale. D'ailleurs, l'arrêt *Sarran*¹, s'il affirme la suprématie de la constitution sur les traités dans l'ordre interne, n'exclut pas que la responsabilité de la France soit recherchée sur le plan international.

Le droit international constitutionnel est au cœur de cette tension entre ces deux ordres juridiques. Malgré la supériorité interne de la constitution, le droit international peut définir des obligations concernant les normes constitutionnelles d'un Etat. En réponse, afin d'éviter d'engager la responsabilité de l'Etat, le droit constitutionnel doit parfois reprendre des normes internationales afin d'éviter les contrariétés. C'est sous cet angle double que sera étudié le « droit international constitutionnel » : d'une part comme le droit international contraignant le droit constitutionnel national et d'autre part comme les normes constitutionnelles internationales qui en résultent, c'est-à-dire des normes internationales constitutionnalisées.

I - L'internationalisation de normes constitutionnelles

Le principe de hiérarchie des normes en droit interne est celui de la suprématie de la constitution sur toutes les autres normes, y compris le droit international qui ne saurait avoir valeur constitutionnelle. Pourtant, dans l'ordre juridique international, le principe est inverse : le droit international prime sur toute norme nationale, y compris constitutionnelle. Cette dernière affirmation n'est

¹ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *RFDA* 1998, p. 1091 et concl. Ch. Mangüé.

pas que théorique : le droit international exerce aujourd'hui une véritable contrainte sur les constituants nationaux.

A – La soumission du droit international au droit constitutionnel

En principe, le droit constitutionnel n'a pas à se conformer au droit international. Cela résulte d'abord de l'indifférence traditionnelle du droit international à l'égard de la forme politique ou constitutionnelle du gouvernement. Ce principe est clairement exprimé dans la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 24 octobre 1970 portant déclaration sur les principes régissant les relations pacifiques entre Etats : « tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre Etat ». De même, « chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel ». La constitution étant donc indifférente à l'ordre juridique international, le droit international est en principe indifférent au contenu d'une constitution.

La Cour internationale de justice affirme le même principe quand elle dit qu'« aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde¹ ». Ainsi, selon le juge international, « l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international »². Il s'agit là de ce que le professeur Amor nomme l'« autonomie constitutionnelle », c'est-à-dire cette souveraineté du pouvoir constituant face aux institutions étrangères ou

¹ CIJ, avis, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 43-44.

² CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (fond), Rec. 1986, p. 133.

Le droit international constitutionnel

internationales¹. Ainsi une constitution constitue-t-elle un système autonome tant d'un point de vue formel, car ne dépendant d'aucune norme juridique, que d'un point de vue matériel, la théorie de l'Etat faisant elle-même partie du système constitutionnel². La constitution d'un Etat ne concerne donc que celui-ci et n'a pas de portée internationale. Dans l'ordre international, les traités ont une autorité supérieure à celle des constitutions, mais parce que celles-ci n'en ont aucune. Les constitutions, normes de droit interne, sont inapplicables dans l'ordre international et ne sont pas opposables aux autres Etats³.

Une telle indifférence du droit international doit se comprendre au vu des circonstances qui régissaient alors les relations internationales : guerre froide et souveraineté des Etats. Face à deux systèmes politiques opposés, cette indifférence réalisait une sorte de *statu quo* où chacun était libre de son organisation, à l'abri des critiques d'un autre Etat. Mais la situation nouvelle créée par l'effondrement du bloc soviétique au début des années 1990 et l'émergence de nouveaux acteurs internationaux (organisations régionales, institutions internationales, ONG,...) rendent moins nécessaire une telle indifférence et pourraient annoncer un renouveau au niveau international du principe de « légitimité démocratique ».

Or le droit français, lui, est resté ferme dans ces principes : le droit international ne saurait avoir valeur constitutionnelle. Cette hiérarchie s'illustre particulièrement lors de la procédure de ratification d'un traité où peut être mis en œuvre un contrôle de constitutionnalité du traité par le biais des articles 54 ou 61 : il y a alors bien soumission du droit international au droit constitutionnel.

1 - Le refus de constitutionnalisation des traités internationaux

Ce refus relève d'une théorie et d'une pratique. D'une part, l'ordre juridique étatique repose sur la suprématie de la constitution sur

¹ A. AMOR, « rapport introductif », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui*, IVe Journées franco-tunisiennes de Droit constitutionnel, 21 et 22 février 2001 à l'Université Toulouse I.

² M. TROPER, « La constitution comme système autonome », in *Idem*.

³ CPJI 14 septembre 1872, *Alabama*.

toute autre norme, y compris internationale ; ce qui explique, d'autre part, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi à une norme conventionnelle au cours du contrôle de constitutionnalité de la loi.

a - La supériorité de la constitution sur le droit international

Dans l'ordre international, la question du rapport entre traités et constitutions ne se pose pas : la constitution n'y a aucune autorité, aucune force juridique. Il n'est même pas de confrontation au droit international : ce dernier domine seul son ordre. A l'inverse, dans l'ordre interne, le problème se pose bien en termes de hiérarchie. Qui du traité ou de la constitution doit l'emporter ? La logique du droit interne nous fournit une réponse claire.

Dans l'ordre interne, tout procède de la constitution. Toutes les autorités publiques tiennent leur existence et leurs compétences de la constitution. Toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'Etat procèdent d'elle. Sa suprématie dans l'ordre juridique interne est donc une vérité première et incontournable. Peut-on même imaginer qu'il en aille autrement et qu'elle puisse placer des normes juridiques au-dessus d'elle ? Une constitution peut-elle valablement placer une norme, le droit international, au-dessus d'elle ? Le principe de la supériorité d'une norme saurait-elle dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur qui renoncerait ainsi à sa suprématie ? Une norme peut-elle tirer sa validité d'une norme qui lui est inférieure et donc non contraignante ? La logique normativiste répond non¹.

En France, c'est l'article 55 qui détermine les conditions de validité des traités et leur rang hiérarchique au sein de l'ordre juridique interne. Sur la base de l'article 54 de la constitution, le Conseil constitutionnel peut subordonner la ratification ou l'approbation d'un traité non conforme à la constitution à une révision préalable de celle-ci. Cette précaution fut prise afin d'écartier le risque de voir le Parlement autoriser la ratification de traités attentatoires à la

¹ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, édition de 1960, § 6 c et § 34.

Le droit international constitutionnel

souveraineté nationale¹. L'intention des auteurs de l'article 54 était claire : montrer la défiance du constituant de 1958 à l'égard du droit international et de l'Europe.

La sanction d'une contrariété entre traité et constitution consiste non dans la mise en conformité du traité avec la constitution, mais de la constitution avec le traité. Pourtant, il ne s'agit pas d'un contrôle de conformité de la constitution au traité. S'il existait une obligation de réviser la constitution, cela serait effectivement le cas. Or, à l'évidence, une telle obligation n'existe pas : la véritable sanction est que le traité inconstitutionnel ne peut pas être ratifié. Ainsi en a-t-il été pour la charte européenne des langues régionales et minoritaires du 7 mai 1999, jamais ratifiée par la France du fait de son inconstitutionnalité déclarée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999. Le dernier mot appartient alors au pouvoir constituant qui décidera de modifier la constitution, puisque le traité ne peut l'être, afin de rendre les deux normes compatibles. Le parallèle est évident avec le contrôle de constitutionnalité des lois : une loi peut être déclarée conforme à la constitution sous réserve du respect des interprétations du Conseil constitutionnel. A l'inverse, si une loi est déclarée non conforme à la constitution, le Président de la République ne peut pas la promulguer. Si la constitution est révisée à cette fin, rien ne s'opposera plus à ce que la Parlement adopte à nouveau la même loi et à ce que le Président la promulgue. Pour autant, on ne saurait dire que la constitution s'est soumise à la loi !

Par l'article 61, le Conseil constitutionnel peut être aussi amené à connaître de la question de savoir si une loi de ratification d'un traité n'est pas en opposition avec la constitution². Cependant, une fois le

¹ NGUYEN QUOC DINH, «La constitution de 1958 et le droit international », *RDP* 1959, p. 516.

² Le Conseil a admis cette voie de recours lors de sa décision n° 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1976, cons. 4 : « toutes transformations ne pourraient résulter que d'une nouvelle modification des traités, susceptible de donner lieu à l'application tant des articles figurant au titre VI que de l'article 61 de la constitution ». Il a justifié de façon explicite cette position dans sa décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980.

traité entré en vigueur, sa constitutionnalité ne saurait être remise en cause. Aucune constitution nationale ne confère en effet aux juges nationaux la compétence pour invalider ou valider un traité ou le modifier unilatéralement par l'interprétation de ses dispositions, ce qui ne serait guère compatible avec le principe de la primauté du droit international et reviendrait à provoquer leur dénonciation par simple effet de la jurisprudence.

Le résultat est cependant bien là : la validité du traité dans l'ordre juridique interne est soumise à sa conformité à la constitution. Ainsi, si l'article 55 affirme l'autorité supra-législative des traités, ceux-ci n'ont pas pour autant valeur constitutionnelle.

b - Le refus du Conseil de contrôler la conventionnalité d'une loi

La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 a refusé d'assimiler purement et simplement la valeur supra-législative des traités à celle de la constitution. Le juge a fondé sa solution sur la différence de nature des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité : le contrôle de constitutionnalité des lois revêt un caractère absolu et définitif alors que la supériorité des traités sur les lois est relative et contingente.

Cette supériorité est contingente du fait de la condition de réciprocité posée par l'article 55. Elle est relative car, si la déclaration d'inconstitutionnalité l'est à titre définitif, l'application d'une loi contraire à un traité n'est que suspendue. La loi peut s'appliquer à nouveau si les effets du traité cessent, soit du fait du non respect de la condition de réciprocité, soit du fait de sa caducité. Une loi peut être inapplicable parce que contraire à un traité dans telle situation et parfaitement applicable dans telle autre situation parce que le traité ne concerne pas le même champ d'application. Ainsi, le conflit de normes ne peut être que partiel dans l'hypothèse où le champ d'application de la loi est plus étendu que celui du traité¹. De là, le Conseil constitutionnel conclut qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la constitution ».

¹ CE 8 juillet, 1998, *Ministre du Travail c/ Abatchou*, RFDA 1998, p. 1074.

Le droit international constitutionnel

Sans doute y avait-il là un certain opportunisme de la part du Conseil qui a voulu jouer la prudence après l'audace de l'extension du bloc de constitutionnalité qu'il réalisa en 1971 et l'extension de sa saisine en 1974. Il était libre d'interpréter l'inconventionnalité d'une loi comme une inconstitutionnalité soumise à son contrôle du fait de la violation de l'article 55 ; il ne l'a pas fait. L'article 55 de la constitution n'oblige-t-il pas le législateur français à respecter les engagements internationaux régulièrement souscrits par la France ? Une loi qui méconnaît un tel engagement ne méconnaît-elle pas par là-même la hiérarchie des normes instituée par l'article 55, n'est-elle donc pas contraire à la constitution, à son article 55 ? Le Conseil constitutionnel ne l'a pas compris ainsi. Certes, cela allait contre les intentions initiales des constituants mais l'interprétation d'un article de la constitution ne peut être immuable et contraignant pour l'avenir et un tel argument n'a pas arrêté le Conseil en 1971. On a pu évoquer le poids immense qu'aurait représenté le droit international dans sa tâche de contrôle des lois¹. Mais là aussi, seuls quelques textes internationaux seraient pertinents et les saisines pourraient préciser les textes invoqués à fin d'inconventionnalité². Mais ces quelques conventions peuvent poser des problèmes d'interprétation, nécessiter des recherches quant au respect de la condition de réciprocité voire amener à trancher un conflit entre normes internationales contradictoires.

Cette jurisprudence fut largement confirmée³ et affirmée de manière très nette dans la décision du 13 août 1993, *Maîtrise de*

¹ Au 15 juin 1999, la France était partie à plus de 6000 traités dont 80 % d'accords bilatéraux auxquels s'ajoutent 300 accords conclus par les Communautés européennes et, au 1^{er} mars 2000, 46 843 règlements, 2 420 directives et 19 474 décisions du Conseil ou de la commission. Cf. CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 18-19.

² D. de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la constitution) », *RFDA* 1998, p. 237.

³ N° 77-83 DC du 20 juillet 1977, n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, n° 95 DC du 27 juillet 1978, n° 116 DC du 17 juillet 1980, n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, n° 89-269 DC du 22

l'immigration : la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre « ne saurait être tirée [...] de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel » (cons. 2).

Cette jurisprudence fut et est encore très critiquée. Le caractère relatif du traité est un faux problème : soit le traité et la loi ont des champs d'application différents et il est alors très simple de dire que la loi ne méconnaît pas le traité ; soit le traité et la loi ont un même objet et la conciliation est impossible. De même, le traité, en tant que norme de référence, a-t-il vraiment un contenu variable dans le temps et dans l'espace face à une constitution immuable ? Tout dépend ici des révisions constitutionnelles dont la fréquence a justement fortement augmenté ces dernières années. La constitution ne devient-elle pas alors plus contingente que bien des traités¹ ? Bien des traités sont plus stables que notre constitution et leur dénonciation pour la France peut parfois s'avérer quasi impossible².

Mais outre les fondements, ce sont les conséquences de cette jurisprudence qui sont critiquées. Cette solution fut suivie par les juges ordinaires qui se sont reconnus compétents pour faire primer les traités sur les lois³. Même dans le silence de la loi, il appartient

janvier 1990, n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, n° 93-325 DC du 13 août 1993, n° 94-335 DC du 21 janvier 1994, n° 96-375 DC du 9 août 1996, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, 98-398 du 19 décembre 1998, n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, n° 99-416 DC du 13 juillet 1999, décision du 13 décembre 2001, portant sur une requête de Monsieur Stéphane Hauchemaille.

¹ G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 95.

² Par exemple, J.-Fr. FLAUSS, « De la dénonciation partielle de la convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, t. II, p. 1253.

³ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté des Cafés Jacques Vabre*, *J.C.P.*, 1975, II, 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT ; CC, 21 octobre 1988, 5^e circonscription du Val-d'Oise ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.* 190, *J.C.P.*, 1989, II, 21371, concl. P. FRYDMAN. La même solution vaut pour les directives

Le droit international constitutionnel

« aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application [des] conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » (n° 86-216 DC du 3 septembre 1986). « Dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de veiller à l'application des conventions internationales », et à cet égard « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la constitution de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 79). Le Conseil constitutionnel est gardien de l'article 55¹ mais non chargé de son application. Or, « cet examen « ordinaire » de conventionnalité des lois aboutit à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité »². Il y aurait donc une concurrence voire une menace pour le Conseil constitutionnel. Mais le système actuel offre toute satisfaction pour assurer le respect des obligations internationales de la France, le juge pouvant déclarer inconstitutionnelle une loi déclarée conventionnelle³. Il reste cependant regrettable qu'une loi votée et manifestement contraire à un traité ne puisse immédiatement être censurée par le Conseil constitutionnel.

communautaires : le respect d'une directive par la loi ne relève pas du contrôle du Conseil constitutionnel (n° 98-405 DC du 29 décembre 1998) mais du juge ordinaire (n° 98-402 DC du 25 juin 1998).

¹ N° 86-216 DC du 3 septembre 1986 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 ; n° 96-375 DC du 9 avril 1996 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998.

² D. de BECHILLON, art. cit., *RFDA* 1998, p. 225.

³ CE - 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement c/ SARL Der*, *Rec.* p. 192 : loi de finances rectificative jugée constitutionnelle (n° 93-320 DC du 21 juin 1993) mais contraire à l'article 95 du traité de Rome qui prohibe les impositions nationales discriminatoires ; CE 17 janvier 1996, *SA Nike*, *Rec.* p. 2 : la loi de finances pour 1990 dont le Conseil a refusé d'apprécier la conventionnalité (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989) voit son article 105 écarté au profit d'une convention fiscale franco-suisse.

Les traités internationaux ne font donc toujours pas partie du bloc de constitutionnalité. « L'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la conformité de la loi avec les stipulations d'un traité ou d'une convention internationale, mais résulte de la confrontation de la loi avec les seules exigences de caractère constitutionnel » (n° 93-333 DC du 21 janvier 1994). Certes, le Conseil a accepté d'effectuer le contrôle de la conformité de la loi du 11 juillet 1986 au protocole n° 1 additionnel à la même convention européenne des droits de l'homme dans sa décision du 21 octobre 1988 mais il s'agissait d'un contentieux électoral et non de contentieux constitutionnel. Le Conseil d'Etat, dans sa décision d'assemblée du 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, énonce clairement le principe que « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelles »¹. La Cour de cassation se prononce de manière similaire². Il en est de même pour le droit communautaire auquel est refusé cette primauté³. Cette affirmation solennelle du Conseil d'Etat est cependant le résultat d'un paradoxe : la loi constitutionnalisée s'est imposée au traité et non le traité à la loi comme aurait pu le laisser présager l'article 55. Reste le principe de la soumission des traités à la constitution, l'obligation pour eux d'être conformes à ses articles et ses principes.

¹ *RFDA*, 1998 p. 1081, concl. C. Maugué et p. 1094, obs. D. Alland ; *RDP* 1999 p. 919, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 1999 p. 57, obs. L. Dubouis. Pour une solution implicite antérieure : CE, Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, où une convention internationale doit être interprétée conformément aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, *RFDA* 1996 p. 870, concl. J.-M. Delarue ; *RFDA* 1996 p. 882 et s., notes L. Favoreu, P. Gaïa, H. Labayle et P. Delvolvé ; O. CAYLA, « Le coup d'Etat de droit ? », *Le Débat* 1998, n° 100, p. 108-135.

² Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, *RDP* 2000 p. 1037, note X. Prétot ; *D.* 2000 jur. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RTDCiv.* 2000 p. 672, chron. R. Libchaber.

³ CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Dr. Adm.* 2002, n° 55 note Cassia ; *AJDA* 2002, p. 1221, obs. Valembon ; *RFDA* 2002, p. 166.

Le droit international constitutionnel

2 - La soumission des traités à la constitution

Les traités n'ont pas valeur constitutionnelle et sont soumis à un contrôle de constitutionnalité par les procédures des articles 54 ou 61. Là est le signe de la soumission des traités à la constitution. L'article 55 n'attribue aux traités régulièrement approuvés ou ratifiés qu'une valeur supérieure à la loi. Aller plus loin reviendrait à pouvoir déroger aux dispositions de la constitution, à pouvoir les amender par la simple voie conventionnelle.

C'est ce qui peut se produire aux Pays-Bas où la constitution, à son article 63, prévoit que « si l'évolution de l'ordre juridique international l'exige, des traités pourront être conclus en dérogation à la constitution. » En ce cas, suivant l'article 91 § 3, l'approbation doit être accordée expressément par les chambres à la majorité des « deux tiers au moins des voix exprimées ». Il y a donc un principe d'équivalence –et non pas de supériorité– entre traité et constitution néerlandaise, confirmé par le fait que la majorité qualifiée requise pour ratifier un traité est peu éloignée de celle requise pour réviser la constitution. Cette non supériorité de la constitution néerlandaise explique donc que, selon son article 60, « le juge ne contrôle pas la constitutionnalité des traités ».

En France, tel n'est pas le cas : un traité ne peut en principe déroger à la constitution. D'où la mise en place d'une procédure de prévention des conflits par l'article 54. Le Conseil constitutionnel a la mission de vérifier s'il existe des contrariétés entre le traité et les articles de la constitution, contrôle somme toute assez classique¹ ; mais il doit aussi contrôler s'il y a des « atteintes aux conditions

¹ N° 70-41 DC du 19 juin 1970 : art. 34 et 53 ; n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 : art. 2, 3, 23 et 34 ; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 : 4^e alinéa du préambule de 1946 et art. 64 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 : 4^e et 11^e alinéas du préambule de 1946 et art. 2 ; n° 92-308 DC du 9 juillet 1992 et n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 : art. 3, 20, 34, 53, 54 et 72 ; n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 : art. 26, 68 et 68-1 ; n° 99-412 DC du 15 juin 1999 : art. 1, 2 et art. 11 de la DDHC.

essentielles de la souveraineté nationale »¹. Le principe de souveraineté fait donc l'objet d'une protection particulière lors du contrôle des traités.

En effet, « aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit ». Le Conseil doit donc vérifier qu'un traité « n'a pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République »².

Un traité ne doit donc pas toucher aux compétences de l'Etat³. Pour autant, on ne peut prétexter qu'un engagement international limite la compétence du législateur. « Cela est vrai pour tous les « traités-lois » qui engagent la France [...] Il faut donc admettre que la compétence législative est limitée par l'existence de ces conventions internationales et qu'un tel résultat est conforme à la constitution : c'est en quelque sorte l'article 55 qui limite la portée de l'article 24 »⁴. Aussi le Conseil constitutionnel distingue-t-il les « limitations de souveraineté » que la constitution autorise⁵ et les « transferts de souveraineté » vers une organisation internationale, qu'elle n'autorise pas. La question est bien sûr de savoir où finit la simple « limitation »

¹ Le Conseil en a donné une nouvelle illustration par sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *traité établissant une constitution pour l'Europe*.

² N° 76-71 DC du 30 décembre 1976.

³ Ainsi, le traité du 22 avril 1970 sur la procédure budgétaire communautaire, ne modifiant que la répartition des compétences entre les organes communautaires, ne peut porter atteinte à la souveraineté nationale (n° 70-41 DC du 19 juin 1970). De même, la modification du mode de désignation des « députés européens » n'entraîne aucun changement dans le partage des compétences entre la Communauté et les Etats : il ne peut donc en résulter, directement, aucune atteinte au principe de souveraineté nationale (n° 76-71 DC du 30 décembre 1976).

⁴ R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, 1989, p. 62.

⁵ Le préambule de 1946 indique expressément que « la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

Le droit international constitutionnel

et où commence le véritable « transfert ». Par exemple, le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure « des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres »¹.

Tout dépend donc de la « nature » des compétences transférées. Le Conseil constitutionnel a ainsi vérifié que le protocole additionnel n° 6 à la convention européenne des droits de l'homme « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale »². Reste cependant à savoir « ce qui est essentiel à l'exercice de la souveraineté nationale ». Dans la décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, confier à des personnes étrangères ou représentant un organisme international des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté ne porte toutefois pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté : ce qui est « inséparable » de l'exercice de la souveraineté est donc réputé ne pas lui être pour autant « essentiel » ! Or invoquer l'argument de « ce qui est essentiel à l'exercice de la souveraineté », c'est invoquer un argument d'ordre métapositif³.

Le Conseil constitutionnel tient compte des modalités d'exercice des compétences transférées : la renonciation à sa liberté d'agir est-elle irréversible, subordonne-t-elle les règles qu'elle comporte à une déclaration individuelle de chaque Etat⁴, permet-elle une possibilité d'empêcher l'adoption de décisions par le maintien de la règle

¹ N° 92-308 DC du 9 avril 1992 ; *idem* dans n° 97-394 DC du 31 décembre 1997.

² N° 85-188 DC du 22 mai 1985.

³ O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

⁴ N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, convention d'application de l'accord de Schengen.

d'unanimité¹, y a-t-il condition de réciprocité² ? D'où un double critère utilisé par le Conseil, à la fois matériel (les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationales sont-elles en cause ?) et formel (comment cette compétence est gérée par la convention, quelles garanties sont offertes à la France ?).

Mais cette représentation matérielle de la souveraineté est sans pertinence au regard du droit international. La souveraineté de l'Etat doit se définir en référence à sa capacité à restreindre, en vertu de sa liberté présente, les libertés dont il jouira à l'avenir, beaucoup plus qu'à une somme d'attributs inaliénables à quoi elle se réduit dans la jurisprudence constitutionnelle³. Si une convention internationale apporte une « restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat »⁴, elle n'altère pas sa souveraine possibilité de se dégager du traité par des clauses échappatoires⁵. « Notion non quantitative, à l'instar par exemple de la personnalité de l'Etat, la souveraineté nationale est insusceptible de plus ou de moins, et ne peut être ni limitée ni accrue dans les attributs qu'elle comporte. Ce qui est quantitatif en revanche, et peut donc faire l'objet de limitations ou d'autres opérations destinées à en modifier les contours, ce sont les compétences et les pouvoirs exercés souverainement et attachés à la souveraineté dans son sens interne »⁶.

¹ N° 92-308 DC du 9 juillet 1992 et n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, traité d'Amsterdam.

² N° 92-308 DC du 9 juillet 1992 mais y dérogeant, n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, CPI.

³ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les Cahiers du CC* 2000 n° 9, p. 113.

⁴ CPJI 17 août 1923, *Wimbledon*, série A, n° 1, p. 25.

⁵ Par exemple, les clauses de dénonciations (n° 85-188 DC du 22 mai 1985, cons 2 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, cons 56-58) ou les clauses restrictives en cas de circonstances particulières (n° 85-188) ou encore la faculté d'inapplication pour des motifs importants comme l'ordre public ou la sécurité nationale (n° 91-294 cons 20 ; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, cons 3).

⁶ J. COMBACAU, art. cit., *Les Cahiers du CC*, 2000 n° 9, p. 113.

Le droit international constitutionnel

Il y a d'ailleurs un paradoxe dans cette protection de la souveraineté nationale. Lorsque l'inconstitutionnalité du traité tient à une atteinte à la souveraineté nationale, « aucune révision ne peut en venir à bout car l'obstacle constitutionnel ne gît pas dans une disposition substantielle qui entrerait en conflit avec la disposition substantielle correspondante du traité. » Dans ce cas, « une décision de non conformité ne pourra être contrecarrée par une modification d'une règle de fond, mais seulement par l'adoption d'une norme d'habilitation »¹. « Mais ce texte, une fois devenu constitutionnel, continuera néanmoins toujours de porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté »². Le critère souverainiste semble vouloir protéger l'ordre juridique national contre l'influence de l'ordre juridique international. Mais est-il bien rationnel de redouter la dissolution de l'Etat dans un ordre international fondé justement sur la société des Etats souverains ? A l'inverse, le but de l'intégration européenne pourrait bien être cette perte de souveraineté au sein d'un Etat fédéral européen. Cependant le problème y très différent : il ne sera plus alors question d'un traité international mais d'une constitution fédérale.

La protection de la souveraineté nationale peut aussi consister dans la protection « des droits et libertés constitutionnellement garantis ». Déjà dans sa décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, le Conseil constitutionnel veillait à « assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » ; rattachant la garantie des droits et libertés fondamentaux au principe de souveraineté. Ainsi, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis n'est pas moins importante que celle de la souveraineté. Il est à remarquer que des clauses contraires aux droits de l'homme seraient de toute façon internationalement illégales car en violation des principes établis par le droit international. La décision du 22 janvier 1999 cite plus précisément le principe de dignité de la personne humaine. Le Conseil signifie ainsi qu'il existe un lien direct entre les droits

¹ *Idem*, p. 115.

² O. CAYLA, art. cit., *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

fondamentaux reconnus par le droit constitutionnel et ceux établis par le droit international.

Au total, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des traités semble bien marquer une soumission des traités aux exigences constitutionnelles. Mais si la suprématie de la constitution dans l'ordre interne est indiscutable, il en va autrement dans l'ordre juridique international.

B – La supériorité des traités sur les constitutions dans l'ordre international

La primauté du droit international est une « condition existentielle » de ce droit en tant qu'ordre juridique : toute possibilité de tirer argument du droit interne pour se soustraire à ses engagements internationaux ruinerait en effet la juridicité du droit international dont le caractère obligatoire serait ainsi vidé de son contenu¹. C'est pour cette raison que la Cour internationale de justice parle de « principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne »². Sans primauté, aucun traité ne peut être assuré. Le droit international public va même plus loin : il jouit d'un monopole dans son ordre juridique ; à côté de lui, il n'est aucun autre droit. Ainsi, le droit interne est un simple fait : « Au regard du droit international [...] les lois nationales sont de simples faits [...] au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »³. En tant que fait, le droit interne ne peut être annulé par le juge international qui ne se place donc pas sur le terrain de l'annulation mais sur celui de la responsabilité. En outre, la validité du droit international ne saurait donc reposer sur ce « fait » que constitue le droit interne : il a sa validité intrinsèque. A l'inverse, dans la même logique dualiste, le juge interne ne saurait annuler un texte

¹ D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », art. cit., p. 49.

² CIJ, avis du 26 avril 1988, *Accord de siège Etats-Unis – ONU*.

³ CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, Série A, n° 17.

Le droit international constitutionnel

international, ce que le Conseil constitutionnel a admis concernant les directives communautaires¹.

Ainsi, dans le cadre d'un litige devant une juridiction internationale, un Etat ne saurait utilement se prévaloir des dispositions de sa constitution pour prétendre s'exempter de l'accomplissement de ses obligations internationales. « Un Etat ne peut, vis-à-vis d'un autre Etat, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier [...], et inversement, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »². L'article 27 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités l'affirme aussi : « Une partie ne peut invoquer les disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. » La primauté est donc celle de tout le droit international sur tout le droit interne, y compris constitutionnel. L'article 4 du projet de la commission du droit international relatif à la responsabilité internationale des Etats, approuvé par l'Assemblée générale des Nations unies le 26 juillet 2001, dit que la responsabilité de l'Etat est engagée du fait du comportement internationalement illicite de l'un de ses organes, « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat », donc y compris le pouvoir constituant.

Si dans l'ordre international, les traités ont une autorité supérieure à celle des constitutions, c'est que celles-ci n'en ont aucune. Les constitutions, normes de droit interne, sont inapplicables dans l'ordre

¹ N° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 ; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 18 ; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4 : « il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. » Reste la réserve du Conseil relative à la violation directe par une directive du texte constitutionnel qui ne trouve pas sa place dans cette logique et dont la justification demeure fragile.

² CPJI, avis du 4 février 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Danzig*, Série A/B, n° 44.

international et ne sont pas opposables aux autres Etats¹. Ainsi, « un traité est supérieur à la constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi »². Cette suprématie, inhérente à la logique internationaliste, se retrouve naturellement en droit communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes l'a affirmée de façon explicite : « l'atteinte portée aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat »³.

Le Conseil d'Etat affirmant que « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁴ respecte d'ailleurs cette logique internationaliste en laissant au principe de primauté toute latitude pour se déployer dans l'ordre international. Et l'on constate en effet dans l'ordre international une véritable contrainte exercée par le droit international sur les divers constituants nationaux. Mais cette contrainte ne s'exerce pas seulement dans l'ordre juridique international mais aussi dans l'ordre juridique interne comme peuvent l'illustrer certaines décisions du Conseil constitutionnel.

1 - La contrainte internationale sur la constitution

La contrainte internationale sur les constitutions nationales est puissante. Cela va jusqu'à la création de conventions constitutionnelles, c'est-à-dire de traités établissant la constitution d'un Etat. Ainsi, la constitution chypriote provient de l'accord de Zurich du 11 décembre 1959, complétée par l'accord de Lancaster House du 19 février 1959 ; la constitution de la Bosnie-Herzégovine

¹ CPJI 14 septembre 1872, *Alabama*.

² SA Bunch, 26 juillet 1875, *Etats-Unis c/ Colombie* (Affaire du Montijo), *RAI* t. III, p. 663. Voir aussi commission de réclamations France-Mexique, SA du 9 octobre 1928, *Georges Pinson*, *RSA* t. V, p. 355.

³ CJCE 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft* ; voir aussi CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/92, *Dr. Adm.* février 2000, n° 37, comm. A. Haquet.

⁴ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *RFDA* 1998, p. 1091 et conclusions Ch. Mangüé.

Le droit international constitutionnel

fut imposée par les accords de Dayton signés à Paris le 14 décembre 1995 ; et le statut du Kosovo aujourd'hui, inspiré de l'accord de Rambouillet du 27 mai 1999, est en fait un règlement du représentant spécial du secrétaire général de l'ONU au Kosovo, règlement pris le 15 mai 2001 en vertu de la résolution 1244 du Conseil de sécurité¹. Sans aller jusque-là, la plupart des Etats subissent la contrainte de standards internationaux d'organisation constitutionnelle.

a - La conditionalité de la reconnaissance internationale d'un Etat

La constitution d'un Etat est établie sur le fondement d'une règle de compétence émanant du droit international conditionnant la reconnaissance d'un Etat et de son gouvernement. Or la reconnaissance internationale d'un Etat est conditionnée par le respect des droits de l'homme pour les pays membres de l'ONU. La contrainte devient cependant beaucoup plus intense en Europe du fait de l'obligation de respecter certains principes fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

La reconnaissance de la qualité d'Etat en droit international public est conditionnée. Il y a là une contrainte évidente pour le droit constitutionnel, droit de l'Etat. Les conditions de cette reconnaissance sont au moins au nombre de trois : l'absence d'un territoire conquis par l'usage ou la menace de la force, le respect des principes démocratiques et surtout un respect minimum des droits de l'homme.

L'idée de conditionner la reconnaissance d'un Etat à son respect de la démocratie provient de Tobar, ministre des Affaires étrangères de l'Equateur, qui proposait qu'aucun gouvernement ne puisse être reconnu avant sa confirmation par des élections démocratiques. Ainsi, espérait-on prévenir la tentation de la conquête du pouvoir par la force. Consacrée par une convention centre-américaine du 20 décembre 1907, renouvelée par la convention de Washington de 1923, cette doctrine est tombée en désuétude à partir de 1934. Certes, la

¹ D.G. LAVROFF, « Le statut de Chypre », *RGDIP* 1961-3, p. 527 ; N. MAZIAU, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *RGDIP* 2002-3, p. 549 ; B. SIERPINSKI, « La constitution de Bosnie-Herzégovine : Un texte à la croisée du droit interne et du droit international », *RRJ* 1997, p. 1055.

résolution 45/150 de l'Assemblée générale de l'ONU du 18 décembre 1990 est consacrée au « renforcement de l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes » mais le même jour la résolution 45/151 est consacrée au « respect des principes de la souveraineté nationale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures concernant les processus électoraux ».

Plus contraignante apparaît la condition du respect des droits qualifiés de « fondamentaux » par le préambule de la charte de l'ONU. Ainsi, l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 4 alinéa 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 12 alinéa 2 de la convention européenne des droits de l'homme, l'article 27 de la convention américaine des droits de l'homme énoncent un certain nombre de droits qui doivent être respectés en tous lieux et toutes circonstances et ne sont par conséquent susceptibles d'aucune dérogation (droit à la vie, torture, peines et traitements inhumains ou dégradants, esclavage ou servitude). La CIJ a relevé l'importance de ces principes au titre de « principes généraux de base du droit humanitaire » valables même en dehors du cadre conventionnel dont ils sont issus. L'adhésion à ces principes ne saurait être présumée et l'engagement assumé par l'Etat doit être exprès et précis¹.

Ces exigences de démocratie et de respect des droits de l'homme deviennent encore plus contraignantes dans le cadre européen. Selon la charte de Paris du 21 novembre 1990, les Etats participants à la CSCE s'engagent « à édifier, consolider et raffermir la démocratie comme seul système de gouvernement de leurs nations ». L'acte fondateur du 27 mai 1997 sur les relations entre l'OTAN et la Russie reconnaît « le rôle essentiel que jouent la démocratie, le pluralisme politique [...], le respect des droits de l'homme [...] et l'économie de marché dans le développement de la propriété commune et la sécurité globale ».

Le Conseil des ministres des affaires étrangères des Douze avait déjà adopté le 16 décembre 1991 à Bruxelles deux déclarations dont la

¹ CIJ, arrêt du 27 juin 1989, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, § 218, § 259 et s.

Le droit international constitutionnel

première soumettait la reconnaissance des Etats issus de l'ex-Yougoslavie à certaines conditions : respect des dispositions des Nations unies et de l'acte final d'Helsinki ayant trait à l'Etat de droit, à la démocratie et aux droits de l'homme ; garanties des droits des groupes ethniques et nationaux et des minorités ; respect de l'inviolabilité de toutes les frontières ; et reprise des engagements précédemment souscrits concernant le désarmement et la non-prolifération nucléaire ainsi que la sécurité et la stabilité régionales.

La commission d'arbitrage, présidée par Robert Badinter dans le cadre de la conférence pour la paix en Yougoslavie, a indiqué au cas par cas, en fonction des réponses qui lui avaient été fournies par les républiques concernées, si les conditions étaient réunies dans une série d'avis le 11 janvier 1992, dont plusieurs (n° 4 à 7 et 10) portaient sur la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine, de la Macédoine, de la Croatie et de la Slovénie¹. A l'exception de la Macédoine, ces Etats ont ensuite effectivement bénéficié de la reconnaissance communautaire et de celle des Etats membres, non sans que la Croatie ait dû encore préciser le contenu de ses engagements en matière de protection des minorités.

Faute du respect des frontières internationales, de la démocratie et des droits de l'homme, un nouvel Etat ne saurait être officiellement reconnu par les autres Etats. Il s'agit là d'une pratique récente dont il est encore trop tôt pour discerner la pérennité. « La reconnaissance d'une situation territoriale donnée s'affranchirait du respect de l'effectivité pour devenir subordonnée au contrôle de la légalité des conditions de sa création »².

Une telle règle, devenue conditionnelle, aboutit à modifier le sens sinon la nature de la reconnaissance : institution traditionnellement discrétionnaire, utilisée à des fins politiques, elle devient instrument juridique d'une sanction. La non-reconnaissance apparaîtrait comme la sanction minimale due par les membres de la communauté

¹ P. KHERAD, « La reconnaissance des Etats issus de la dissolution de la République socialiste fédérale de Yougoslavie par les membres de l'Union européenne », *RGDIP* 1997-3, p. 663-694

² P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 2001, p. 93-94.

internationale à l'égard de l'Etat auteur d'un acte contraire au droit impératif. Une obligation de non-reconnaissance découle d'ores et déjà pour les Etats membres des Nations unies à l'égard des situations attentatoires aux principes fondamentaux sur lesquels est fondée la charte de l'ONU (égalité souveraine, non-recours à la force, respect des droits des peuples et des libertés fondamentales).

b – Le contrôle du comité des droits de l'homme de l'ONU

Le 19 décembre 1966, l'Assemblée générale approuva deux pactes internationaux, entrés en vigueur en 1976 : l'un relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; l'autre aux droits civils et politiques. Ce second pacte prévoit la création d'un comité des droits de l'homme composé de 18 membres siégeant à titre individuel et élus pour quatre ans par les Etats parties. Ce comité reçoit et étudie les rapports des Etats sur les mesures prises pour donner effet aux droits reconnus. Il peut alors adresser des observations aux Etats. De plus, le protocole facultatif ouvre le droit aux individus d'adresser des « communications » au comité dont l'examen peut aboutir à des constatations destinées à l'Etat en cause et publiées dans la rapport annuel d'activité du comité¹.

Ainsi, le comité peut appeler un Etat à réviser sa constitution de manière à tenir pleinement compte des obligations qui lui incombent en vertu du pacte², à « remanier complètement la constitution pour garantir les droits énumérés dans le pacte³ » ou inviter l'Etat à envisager « d'incorporer les droits énoncés dans le pacte dans sa nouvelle constitution »⁴. Le rapport concernant la Croatie, le 4 avril 2001⁵ indique que « le comité, tout en approuvant les amendements apportés à l'article 14 de la constitution pour étendre le principe de

¹ A. AMOR, « Le droit constitutionnel saisi par le pacte international relatif aux droits civils et politiques », in Ve Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002.

² *Irlande, rapport du Comité à l'Assemblée Générale A/55/40* Vol 1, p. 73.

³ *Mongolie, ibid.*, p. 57.

⁴ *Guyana, ibid.*, p. 61.

⁵ *Rapport A56/40*, vol. 1 p. 53.

Le droit international constitutionnel

l'égalité aux non-citoyens [...] demeure préoccupé par le fait que d'autres dispositions continuent à limiter certains droits aux citoyens, ce qui fait douter qu'ils sont garantis à tous les individus se trouvant sur le territoire de l'Etat partie ». En conséquence, l'Etat partie « devrait adopter les mesures voulues pour clarifier cette situation ». Toujours dans le même rapport, le comité s'est dit « préoccupé par le fait que l'article 17 de la constitution [...] ne soit pas entièrement compatible avec les dispositions de l'article 4 du pacte, car les causes justifiant l'état d'urgence ont une portée plus large que la [menace à l'existence de la nation] mentionnée à l'article 4, que les mesures de dérogation ne sont pas limitées à celles qu'exige la situation et que les droits ne faisant pas l'objet de dérogation ne comprennent pas les droits au titre des paragraphes 1 et 2 de l'article 8 et des articles 11 et 16 ». Le comité s'inquiéta aussi de l'article 101 de la constitution qui autorisait le président de la République à prendre des décrets en cas d'état de guerre ou de menace directe contre l'indépendance et l'unité de la République. Le comité conclut que « l'Etat partie devrait veiller à ce que les dispositions de sa constitution relatives à l'état d'urgence soient compatibles avec l'article 4 du pacte et qu'en pratique, aucune dérogation des droits ne soit permise, si les conditions définies à l'article 4 ne sont pas réunies ».

Très parlante, l'affaire *Arieh Waldman*¹ concernait la constitution canadienne de 1867 qui garantit explicitement à son article 93 les droits des écoles confessionnelles. Dans la province de l'Ontario, la loi sur l'éducation, découlant de l'article 93, impose à l'Etat de financer les écoles catholiques et non les autres écoles confessionnelles. En 1985, le gouvernement de l'Ontario modifie la loi sur l'éducation de façon à élargir le financement des écoles catholiques. Le 23 juin 1987, la Cour suprême du Canada, saisie de la constitutionnalité du projet de loi, avait confirmé la constitutionnalité des dispositions prévoyant le financement intégral des écoles catholiques. Devant le comité des droits de l'homme, le Canada fit valoir qu'il n'y avait pas de discrimination entre les écoles catholiques et les autres écoles

¹ *Communication n°694/1996*, 3 novembre 1999, *Waldmann c/ Canada*, A/55/40, vol. II, p. 91.

confessionnelles, car cette distinction était fondée sur des critères objectifs et raisonnables et que le traitement privilégié, dont bénéficient les écoles catholiques, était inscrit dans la constitution. Le comité, déclara que « le fait qu'une distinction soit inscrite dans la constitution ne la rend pas pour autant raisonnable ou objective. » Pour le comité, « il ne semble pas que les membres de la communauté catholique [...] se trouvent actuellement dans une position défavorisée par rapport aux membres de la communauté juive qui souhaitent que leurs enfants soient élevés dans une école religieuse ». En conséquence, le comité « rejette l'argument de l'Etat partie selon lequel le traitement préférentiel octroyé aux écoles catholiques n'est pas discriminatoire du fait qu'il est imposé par la constitution ». Dès lors le comité considère que « les faits qui lui sont soumis constituent une violation de l'article 26 du pacte » et précise que « conformément à l'alinéa (a) du paragraphe 3 de l'article 2 du pacte, l'Etat partie a l'obligation de fournir un recours utile qui supprimera cette distinction ».

Le comité s'estime donc habilité à apprécier la compatibilité des dispositions constitutionnelles avec le pacte et à demander à l'Etat partie de réviser les dispositions constitutionnelles contestées. De là, « l'Etat partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du comité »¹.

c - Les critères d'entrée dans l'Union européenne

L'ordre communautaire se fait aussi protecteur des droits et de la démocratie. Outre la charte des droits fondamentaux adoptée au sommet de Nice en septembre 2000, selon l'article 6 du traité CE « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres ». L'article 7 institue à cette fin un mécanisme de sanctions en cas de « violation grave et persistante » de ces principes.

¹ N° 504/1992, 19 juillet 1994, *Denzil Roberts c/ Barbade*, A/49/40, vol. II, p. 342.

Le droit international constitutionnel

Surtout, l'adhésion à l'Union européenne suppose le respect de certains principes fondamentaux qui, concernant le droit constitutionnel, constitue une véritable contrainte sur les pouvoirs constituants des Etats candidats¹. Les conclusions du Conseil européen, réuni à Copenhague le 21 juin 1993, ont imposé le respect de critères économiques et politiques préalablement à toute nouvelle adhésion² : le candidat doit en particulier jouir d'une stabilité institutionnelle garantissant le respect des principes démocratiques, de l'État de droit, des droits de l'homme et de la protection des minorités. La version consolidée du traité de Maastricht sur l'Union européenne énonce, dans son article 49 (ancien article O), que « tout État européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, peut demander à devenir membre de l'Union européenne ».

Il s'agit de s'assurer d'une démocratie dans les textes et dans la pratique : pluralisme politique, élections libres et équitables, indépendance des pouvoirs juridictionnels, liberté d'expression et liberté du culte. Le respect des droits de l'homme s'analyse par renvoi aux conventions internationales avec, comme condition implicite, l'adhésion au Conseil de l'Europe et à la convention européenne des droits de l'homme. Enfin, le respect des minorités exige une absence de discrimination ainsi que leur bonne intégration dans la société. Le Conseil européen de Luxembourg des 12 et 13 décembre 1997 a fait de leur respect une condition préalable à l'ouverture des négociations d'adhésion à l'Union, ce qui a été confirmé à Helsinki les 10 et 11 décembre 1999. Face à la difficulté de remplir de tels critères, en décembre 1989, le Conseil des ministres de l'Union européenne décida de créer, en collaboration avec le Conseil de l'Europe, le programme PHARE³ qui constitue un appui au processus de

¹ Fr. RUEDA, « Autonomie constitutionnelle et construction européenne », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui, op. cit.*

² D. KATZ, « Les " critères de Copenhague " », *R.M.C.*, 2000, n° 440, p. 483-486.

³ P.H.A.R.E. : Pologne, Hongrie, Aide à la Reconstruction Économique ; élargi à l'ensemble des PECO, ainsi qu'aux pays baltes, depuis 1992.

transition et un soutien en vue d'instaurer les bases d'une démocratie durable.

d – Conseil de l'Europe et droits de l'homme

L'exigence de respect des droits de l'homme atteint son *summum* dans le cadre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protégeant des libertés dites intangibles et énumérées au paragraphe 2 de l'article 15. Dans son arrêt du 23 mars 1995, premier sur l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne des droits de l'homme a fait usage à ce sujet de la notion d'« ordre public européen des droits de l'homme ».

Cette exigence transparaît tout d'abord dans les critères d'adhésion au Conseil de l'Europe¹. Selon les articles 3 et 4 du statut, pour devenir membre, un État doit reconnaître le principe de la prééminence du droit et du respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales, base de « toute démocratie véritable ». Ainsi, lors de l'adhésion de la Hongrie en 1990, l'Assemblée avait insisté sur la présence de « dispositions constitutionnelles touchant l'élection démocratique du parlement au scrutin universel direct »². De même, la déclaration de Vienne du 9 octobre 1993 impose à tout Etat candidat l'obligation de souscrire à la CEDH. La déclaration de Vienne a aussi précisé que le respect de la protection des minorités nationales restait un élément déterminant de l'appréciation de toute candidature à l'adhésion au Conseil de l'Europe. En arrêtant le 1er février 1993 le projet de protocole additionnel à la CEDH sur les droits des minorités, l'Assemblée parlementaire adoptait simultanément la recommandation 1201 (1993) relative aux exigences à remplir par les États candidats dans le domaine de la protection des minorités. Ces principes de base faisant habituellement partie du bloc de constitutionnalité, le Conseil de l'Europe, avant d'admettre un

¹ J.-Fr. FLAUSS, « Les conditions d'admissions des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe », *European Journal of International Law*, 1994, n° 3, p. 401-422.

² Avis (Assemblée) n°153 du 2 octobre 1990 portant sur l'adhésion de la Hongrie.

Le droit international constitutionnel

nouvel État membre, vérifie si les dispositions constitutionnelles se trouvent en conformité avec les principes mentionnés. Le cas échéant, il aide l'État candidat à s'y conformer.

Ainsi, le Conseil de l'Europe a créé en 1990 le programme Démosthène « afin de faire partager aux pays d'Europe centrale et orientale ses réalisations et son expérience dans tous les aspects de la construction d'une société démocratique¹ ». Fut aussi mise en place la commission de Venise dont la fonction d'assistance et de conseil la conduit à examiner des textes de nature constitutionnelle d'un État, le plus souvent à la demande de celui-ci, afin de l'adapter aux standards constitutionnels européens en matière de démocratie².

Une fois admis au sein du Conseil de l'Europe et parties à la convention européenne des droits de l'homme, les États répondent du respect de la convention à raison de l'exercice de « l'ensemble de leur juridiction », quel que soit le type de normes ou de mesures en cause ; ils ne disposent donc d'aucune immunité constitutionnelle et leur « organisation institutionnelle et politique [...] doit respecter les droits et principes inscrits dans la convention³ ». Une confirmation en fut donnée par un arrêt de 1999⁴ par lequel la Cour européenne considère qu'une loi de validation jugée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel français est néanmoins contraire à la convention en son article 6 § 1.

¹ S. NICOT, « Le soutien constitutionnel des organisations européennes au processus démocratique engagé dans les pays d'Europe centrale et orientale », in Ve Congrès de l'Association Fr. des constitutionnalistes, *op. cit.*

² La commission a participé, dès 1992, au processus de rédaction des constitutions en Ukraine, Albanie, Pologne, Roumanie et Bulgarie. Elle a par exemple réfléchi sur la justice constitutionnelle en organisant le 8 octobre 1990 une rencontre à Piazzola sul Brenta (Italie) ou adopté lors de sa 47ème réunion plénière à Venise, les 6 et 7 juillet 2001 des « Lignes directrices sur le référendum constitutionnel à l'échelle nationale ».

³ CEDH – 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, GACEDH, n° 50, § 29-30.

⁴ CEDH - 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, GACEDH n° 24.

La pleine soumission du droit constitutionnel au jeu de la convention s'exprime par le contrôle des « réserves à objet constitutionnel »¹. La convention « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Etats membres à l'empire de la convention. C'est donc par l'ensemble de leur « juridiction » laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la constitution, que lesdits Etats répondent de leur respect de la convention [...]. Aussi l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles [...] ou simplement législatives »².

La démocratie est désormais érigée en « unique modèle politique envisagé par la convention et partant le seul qui soit compatible avec elle »³. Même la démocratie locale est considérée comme composante à part entière et indissociable d'un régime politique véritablement démocratique⁴. Mais la Cour adopte une conception de la démocratie, non rousseauiste et majoritaire mais consensuelle, où tolérance et dialogue doivent résoudre les conflits : « il est de l'essence même de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un Etat, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même »⁵. L'article 3 impose même une certaine périodicité des élections⁶.

¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle et la convention européenne des droits de l'homme », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui, op. cit.*

² CEDH 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*.

³ CEDH 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, § 45.

⁴ CEDH 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c/ Royaume-Uni*.

⁵ CEDH 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c/ Turquie*, § 47.

⁶ Com EDH, décision du 11 septembre 1995, *J. Timke c/ Allemagne*, requête n° 27311/95.

Le droit international constitutionnel

Outre la constitution, la convention s'applique aussi à la justice constitutionnelle, y compris quant aux principes de l'égalité des armes et du contradictoire lors du « procès constitutionnel »¹. La Cour a déjà mis en cause l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle allemande de l'article 3 de la Loi fondamentale en matière d'égalité des sexes² et une décision de la Cour constitutionnelle turque prononçant la dissolution du parti communiste unifié comme contrevenant à l'article 68 de la constitution turque³. Le Conseil constitutionnel français a aussi été visé quand la Cour a censuré une loi de validation déclarée conforme à la constitution alors que les principes invoqués, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits, étaient similaires. Le Conseil s'est alors aligné sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

De plus, la CEDH a déjà sanctionné des normes constitutionnelles. Cela fut déjà le cas indirectement. L'inconventionnalité déclarée de la décision de la Cour suprême spéciale grecque visait en réalité la constitution grecque qui, à son article 56 (3), consacrait l'inéligibilité des personnes ayant occupé « plus de trois mois pendant les trois années précédant les élections » des postes dans la fonction publique, disposition contraire à l'article 3 du Protocole n° 1⁵. La Cour a aussi directement contrôlé la conformité aux articles 10 et 11 de la convention de l'article 40/B, § 4 de la constitution hongroise qui interdit aux membres des forces armées, de la police et des services civils de la sécurité nationale, d'adhérer à des partis politiques et

¹ CEDH 23 juin 1943, *Ruiz Mateos*, Série A, n° 262 ; CEDH 3 mars 2000, *Krcmar et autres c/ République tchèque*, requête n° 35375/97.

² CEDH 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, Série A, n° 291-B ; voir aussi CEDH 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, série A n° 323 et CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Turquie*, D. 1998 p. 438, note J.-P. Marguéraud et J. Mouly.

³ Com EDH, rap. 3 septembre 1996, *Parti communiste unifié, N. Sargin, N. Yâgii c/ Turquie*, req. n° 19392/92.

⁴ N° 99-422 DC et n° 99-425 DC.

⁵ Com. EDH, rap. 7 mars 1996, *D. Gitomas, D. Paleothodoros et N. Sifounakis c/ Grèce*, req. n° 18747/91, 19376/92, 13379/92, § 61.

d'avoir des activités politiques¹. La Cour s'est même livrée à un contrôle de l'article 159 (1b) de la Loi fondamentale de la République turque de Chypre Nord, donc d'une norme constitutionnelle d'une entité non partie à la convention².

2 - Les ambiguïtés du Conseil constitutionnel

La supériorité de la convention sur les constitutions semble donc indiscutable. Ainsi, si les traités ne sont pas intégrés au bloc de constitutionnalité, « il n'en résulte nullement qu'ils sont inférieurs à la constitution, mais que l'autorité conventionnelle se définit sur d'autres bases qu'un rapport hiérarchique ou même qu'un rapport d'égalité »³ : il s'agit d'un rapport entre ordres juridiques fondé sur un principe de liberté et donc de responsabilité des Etats. C'est la raison pour laquelle « l'exercice par le Conseil constitutionnel (de son contrôle de constitutionnalité d'un traité) destiné à produire effet dans l'ordre interne, ne contrevient nullement aux règles du droit international public » (n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, cons. 12). L'Etat est libre d'agir souverainement, même en violation des traités qu'il a ratifiés, mais il pourra alors voir sa responsabilité engagée. Aussi, face à cette pression, l'Etat se contraint-il tout aussi souverainement pour respecter ses engagements.

C'est ainsi que la suprématie interne de la constitution n'est pas toujours claire. L'attitude du Conseil constitutionnel face au droit international parfois surprend⁴ : il lui arrive d'interpréter des principes constitutionnels au regard de normes internationales ; ou même de discuter le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi lors de son contrôle de constitutionnalité ; voire, de façon plus

¹ CEDH 20 mai 1999, *Rekvényi c/ Hongrie*, RTDH 2000, p. 107 : la cour ne relève aucune violation.

² CEDH 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, § 44, RGDIP 1998, p. 123, obs. G. Cohen-Jonathan.

³ S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 197.

⁴ E. BRUCE-LOTTEGIER, « L'intervention à titre accessoire de la norme internationale dans le contrôle de constitutionnalité », in Ve Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Toulouse, 6-8 juin 2002.

Le droit international constitutionnel

surprenante, d'autoriser qu'une loi déroge à la constitution pour mettre en œuvre un traité. Mais il s'agit bien là de compromis pour assurer le respect par l'Etat de ses engagements internationaux.

a - L'interprétation conventionnelle de la constitution

Le Conseil constitutionnel a déjà fait appel à des normes internationales lors de son contrôle de constitutionnalité. Dans la décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, il considéra que la loi n'était pas contraire au principe constitutionnel du droit d'asile reconnu par le préambule de 1946 : « cette loi n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France des étrangers, lesquelles réservent expressément l'application des conventions internationales ; que parmi ces conventions, figure notamment la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ; qu'il ne saurait, dans ces conditions, résulter de la loi dont il s'agit, aucune atteinte au droit d'asile » (cons. 1). Ainsi, les garanties offertes par le droit international au droit d'asile suffisent. Cela sera confirmé par la décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, dans laquelle le Conseil rappelle que le principe constitutionnel d'asile « est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la constitution » (cons. 5). Le Conseil constitutionnel considère donc l'existence de conventions internationales comme suffisante pour satisfaire l'exigence du principe constitutionnel. De même dans la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, les dispositions de la convention déférée ne sont pas contraires à la constitution parce qu'elles réaffirment les obligations internationales résultant de la convention de Genève du 28 juillet 1951 telle qu'amendée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967. De même dans la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, l'alinéa 4 du préambule de 1946 « est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne » (cons. 9). Sans être une norme de référence constitutionnelle, la norme internationale apparaît donc comme le prolongement de la disposition constitutionnelle.

Jean-Charles Jobart

La décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 semble vouloir mettre un terme à cet effacement du 4^e alinéa : le Conseil y prend soin de dissocier les dispositions de la convention de Genève et les « dispositions propres [au] droit national » (cons. 88). Mais le Conseil fait le chemin inverse dans sa décision n° 98-399 du 5 mai 1998 où il assimile le statut de réfugié de la convention de Genève et celui du préambule de 1946 : les demandes des deux statuts « présentent entre elles un lien étroit » qui permet au législateur d'établir une procédure unique.

Le droit international est aussi utilisé pour interpréter la portée d'autres droits constitutionnels. Ainsi, « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France » (n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 cons. 7 ; n° 91-303 DC du 15 janvier 1992 cons. 9). De même, dans la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, s'agissant des libertés individuelles, le Conseil aura recours aux conventions d'extradition, et en particulier aux stipulations de la convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957. Dans la décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, il juge qu'il n'y a pas violation du principe d'égalité en s'appuyant sur son interprétation des dispositions d'une directive communautaire du 31 mars 1992 relative à la distribution en gros des médicaments à usage humain. Enfin, la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003 précise l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics par l'article 101 du traité CE proscrivant qu'une banque centrale face des avances à son Etat débiteur.

De tels usages de la part du Conseil constitutionnel¹ sont bien sûr la marque de la contrainte qu'exerce le droit international dans l'ordre

¹ Relevons aussi le cas où le Conseil constitutionnel utilise un traité pour préciser le sens de la loi. Par exemple, concernant la définition de la « bande organisée », voir l'usage fait par le Conseil de la convention des Nations

Le droit international constitutionnel

interne et de tentatives de conciliations de normes internes et externes afin que la France remplisse bien ses obligations internationalement contractées. Il n'y a en aucun cas dans ces pratiques une remise en cause de l'infra-constitutionnalité des traités. Ils prennent plutôt l'allure de « sources complémentaires de la constitution »¹. Le Conseil n'est d'ailleurs pas isolé dans cette pratique et bien des Cours constitutionnelles font de même, que cela soit imposé à la cour par la constitution² ou que cela relève de son initiative³. Mais le Conseil va parfois plus loin.

b – Le non rejet du moyen d'inconventionnalité de la loi

Le Conseil constitutionnel, contrairement à son habitude, s'est plusieurs fois abstenu de déclarer irrecevable pour motif d'incompétence le moyen de la saisine l'invitant à contrôler la conformité d'une loi au droit international. Il semble au contraire se livrer à une confrontation au fond entre dispositions législatives déferées et normes internationales.

Ainsi, dans la décision n° 78-96 DC du 27 juillet 1978, les requérants prétendaient que la loi du 27 juin 1978 créant une infraction pour violation du monopole de radiodiffusion et télédiffusion prévu par la loi du 3 juillet 1972, violait l'article 10 de la

unies contre la criminalité transnationale du 15 novembre 2000 dans n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

¹ F. MODERNE, « Y a-t-il des sources complémentaires de la constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ? », *LPA* n° 121, 1992, p. 11-13.

² L'article 10 § 2 de la constitution espagnole du 27 décembre 1978, l'article 16 de la constitution portugaise du 2 avril 1976 ou l'article 20 § 2 de la constitution roumaine du 8 décembre 1991 imposent d'interpréter les droits et libertés reconnus par ces constitutions conformément à des textes internationaux sur les droits de l'homme.

³ La Cour d'arbitrage belge interprète ainsi le principe de non discrimination selon l'art. 14 de la CEDH (CA, arrêts n° 36/98 et 37/98). La Cour autrichienne fait de même du fait de l'incorporation de la convention dans l'ordre interne par une loi constitutionnelle. Le Tribunal constitutionnel allemand (TC 26 mars 1987 ; TC 29 mai 1990 TC 16 décembre 1991) interprète les droits constitutionnels à la lumière de la convention.

Jean-Charles Jobart

convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil ne rejette pas le moyen d'inconventionnalité mais élude la question : la contestation porte en fait sur le monopole institué par des lois antérieures ; or « la compétence [du Conseil constitutionnel] est limitée par l'article 61 de la constitution à l'examen des lois avant leur promulgation ».

Dans la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, le Conseil continue la stratégie d'évitement sans invoquer son incompétence : « l'article 39 de la loi a été adopté selon une procédure irrégulière ; dès lors, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel d'examiner le moyen invoqué par les sénateurs [selon lequel] le paragraphe XIV de l'article 39 de la loi [...] serait contraire à une convention internationale ».

Le Conseil constitutionnel se rapproche du contrôle de conventionnalité dans sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 où il qualifie d'inopérant le moyen tiré de la violation par une loi de stipulations internationales en soulignant, qu'en l'espèce, le moyen est « dépourvu de toute précision » (cons. 13). Le juge constitutionnel adopte une solution proche dans sa décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 : les députés auteurs de la première saisine soutiennent [...] [que la loi] serait également contraire au principe communautaire de la libre circulation des biens et des services au sein de l'Union européenne », le Conseil répond « que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la disposition critiquée n'a ni pour objet, ni pour effet d'entraver la libre circulation des véhicules ; qu'ainsi, le grief invoqué manque en fait ». Le contrôle de conventionnalité a donc bien été effectué.

Dans sa décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité des articles 19, 23 et 24 de la loi de finances pour 1999 qui « seraient manifestement contraires aux principes communautaires de liberté d'établissement d'un résident français dans un autre Etat de l'Union européenne et de liberté de circulation des capitaux, de même qu'à "un certain nombre de conventions fiscales bilatérales" ». Le Conseil invoque son incompétence pour « examiner la conformité d'une loi aux

Le droit international constitutionnel

stipulations d'un traité ou d'un accord international » mais « au demeurant, les dispositions contestées ne font pas obstacle à l'application des conventions fiscales bilatérales ». Comment comprendre cette formule ? Le Conseil constate-t-il une compatibilité entre les textes ou songe-t-il simplement à l'article 55 de la constitution qui assure l'application des traités malgré les lois contraires à ceux-ci ?

Les ambiguïtés s'amenuisent dans la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 : la loi instituant un délit de grand excès de vitesse « établirait une présomption de responsabilité contraire au principe de la présomption d'innocence énoncé par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ». Or, après un examen minutieux de la procédure d'établissement d'une amende, le Conseil conclue « que, par ailleurs, manque en fait le moyen tiré du caractère automatique de la sanction ».

La jurisprudence n'est donc pas claire. Dans ces décisions, certes le Conseil n'opère pas le contrôle demandé, mais il écarte le moyen pour un motif différent du motif d'incompétence habituellement mis en avant. Parfois même, le contrôle de conventionnalité semble implicitement effectué. Cet examen du sérieux du moyen surprend : le juge constitutionnel aurait dû se contenter d'affirmer qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la conformité d'une loi à un traité. Le mystère s'épaissit encore quand le Conseil autorise une loi à déroger à la constitution pour mettre en œuvre un engagement international.

c - La dérogation à la constitution pour un traité

La décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi « Réséda »* a semé le trouble dans la doctrine en affirmant qu'il peut être dérogé à la constitution « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France, et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (cons. 15). Dans le cas en question, un étranger ne pouvait être juge car ses décisions sont rendues « au nom du peuple français » (article 3 de la constitution et article 3 de la déclaration de 1789). Cependant, les alinéas 14 et 15 du préambule de

1946 autorisent une dérogation s'il s'agit de mettre en œuvre une convention internationale (dans ce cas, l'article 1^{er} de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et les articles 6 et 7 du statut du Haut commissariat des Nations unies pour les réfugiés) et s'il n'y a pas d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (ici, les juges étrangers seront très minoritaires). Est-ce à dire que le traité en vient alors à l'emporter sur la constitution et cela en vertu de cette dernière ?

Une telle logique s'est retrouvée dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 relative à la Cour pénale internationale. Le statut de la Cour pénale internationale porte atteinte à la souveraineté nationale quand, restreignant le principe de complémentarité de la Cour, celle-ci devient compétente si la procédure devant la juridiction nationale « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale » ou « n'a pas été [...] menée de manière indépendante ou impartiale [...] mais d'une manière qui, dans les circonstances, démentait l'intention de traduire l'intéressé en justice » (article 20 du statut). Mais de telles exceptions « découlent de la règle *Pacta sunt servanda* » qui permet au Conseil de faire application de la convention internationale en étant libéré des exigences constitutionnelles.

Le Conseil constitutionnel a obscurément laissé entendre qu'il est possible de déroger à un principe constitutionnel « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France »¹. La décision est d'une grande confusion et son interprétation fort délicate². On peut certes concevoir que c'est la constitution elle-même, à travers les 14^e et 15^e alinéas du préambule de 1946, qui consent à se laisser elle-même supplanter par le traité. Mais une telle

¹ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 : la loi imposait un représentant du HCR dans la commission des recours des réfugiés, ce qui était contraire au principe de souveraineté de l'Etat, mais cela afin d'appliquer les conventions de Genève de 1951 bien que ces conventions laissent les Etats libres de définir la qualité de réfugié !

² E. PICARD, « Petit exercice pratique de logique juridique », *RFDA* 1998, p. 620.

Le droit international constitutionnel

hypothèse complique tout : il s'établit ainsi « un nécessaire double niveau de normativité constitutionnelle : le premier niveau d'une force constitutionnelle supra-conventionnelle qui fonde la possibilité même d'une dérogation à la constitution ; le second niveau d'une force constitutionnelle infra-conventionnelle à laquelle il est donc possible de déroger pour les besoins de l'application d'un traité »¹.

Dans l'ordre interne, peut-on alors concevoir que, malgré la supériorité de la constitution sur le droit international, celui-ci en vienne à représenter une telle contrainte dans l'ordre international sur les constitutions qu'il s'impose à elles dans l'ordre interne ? Mais cela n'est pas cohérent avec la hiérarchie interne des normes et n'a d'ailleurs pas de sens puisque ce n'est pas le droit international qui s'impose en droit interne, mais une norme interne qui l'y représente. Le seul moyen alors pour le droit international de s'imposer à la constitution serait une constitutionnalisation de ce droit international, effectuée au cas par cas et ne remettant pas en cause le principe général de supériorité de la constitution sur le droit international.

II - La constitutionnalisation de normes internationales

Le droit international doit, pour s'appliquer dans l'ordre interne, trouver une autorité pour le reprendre et l'appliquer. Au-delà de la simple influence que peuvent exercer la CEDH ou le droit communautaire sur le Conseil constitutionnel², il s'agit ici de concevoir l'hypothèse exceptionnelle de la constitutionnalisation de normes internationales. La reprise de normes internationales par le pouvoir constituant n'a en soi rien de choquant pour la cohérence de l'ordre juridique interne. Ainsi l'intégration de dispositions

¹ O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

² Par exemple sur le principe de clarté de la loi ou l'objectif à valeur constitutionnel d'intelligibilité de la règles de droit (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002) ou de « confiance légitime » (n° 97-391 DC du 7 novembre 1997). Sur la liberté d'expression, n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 à comparer avec CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*.

constitutionnelles d'origine internationale afin de supprimer les contrariétés entre constitution et traités apparaît comme une bonne solution, où le principe de souveraineté reste sauf par l'intervention, librement décidée bien qu'influencée, du pouvoir constituant.

Un autre moyen de résolution des conflits est aussi possible : celui de la reconnaissance par le juge de la valeur constitutionnelle de certains principes d'origine internationale. En effet, « le devoir, si l'on peut parler de devoir, du juge, et notamment du juge constitutionnel, est, pour accompagner ce mouvement d'internationalisation du droit, de faire entrer de plus en plus, autant qu'il le peut, dans le bloc de constitutionnalité des principes du droit international comme il a su le faire avec les principes fondamentaux dans l'ordre interne »¹. On peut alors très bien admettre la possibilité d'une constitutionnalisation par le juge constitutionnel de certains principes généraux de droit international coutumier.

A – La constitutionnalité du droit international public non écrit

Selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, le droit international comprend les conventions internationales, mais aussi « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » et « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». Du fait de l'absence de hiérarchie et de formalisme du droit international, ces normes internationales non écrites ont la même valeur juridique que les traités. Mais qu'en est-il en droit interne ?

La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de certains principes non écrits du droit international n'est pas en soi exceptionnelle. La Cour suprême américaine a affirmé dès 1792 l'obligation faite aux tribunaux nationaux d'appliquer la coutume internationale². En Allemagne et en Italie, certaines normes

¹ J.-Cl. COLLIARD, « Intervention », in P.-M. DUPUY (dir.), *op. cit.*, p. 79.

² Cour Suprême avril 1792, *Ross v. Rittenhouse*, 2 US (2 Dall.) 160 ; voir aussi Cour suprême 29 octobre 1942, *Ex parte Quirin*, 317 US 1.

Le droit international constitutionnel

coutumières internationales sont considérées comme appartenant au « bloc de constitutionnalité »¹.

Il est vrai qu'une telle reconnaissance de la coutume est sujette à critiques car « énigmatique dans sa création » et « difficile dans son identification »². Ne voit-on pas là à nouveau se profiler le spectre effrayant du « gouvernement des juges » qui commence là où le juge statue sans texte³ ? On répondra que cela est aujourd'hui courant en droit administratif à travers la découverte de principes généraux du droit par le juge administratif ou en droit constitutionnel par la découverte de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou d'objectifs à valeur constitutionnelle. Sans doute le Conseil constitutionnel exploitera la source internationale non écrite avec la plus grande prudence : on le voit mal « intégrer au bloc de constitutionnalité des règles ayant comme support des sources non écrites, et qui ne sont donc pas formulées avec une grande précision [...] [sauf] des règles qui, par leur universalité et leur caractère réognitif des données fondamentales de la société internationale (indépendance et souveraineté des Etats, compétence territoriale de l'Etat, responsabilité internationale de l'Etat), sont peut-être plus faciles à constitutionnaliser que des règles contenues dans des sources écrites »⁴. Mais à ces arguments techniques et politiques s'ajoutent en France deux difficultés juridiques.

D'une part, la constitution française ne fait qu'une référence à la fois indirecte et sibylline au droit international coutumier dans le 14^e alinéa du préambule de 1946 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». La décision du 22 janvier 1999 reconnaît la valeur constitutionnelle de cet

¹ La Cour constitutionnelle italienne a reconnu dans un arrêt de 1993 (CC, n° 12/1993) que l'article 2 de la constitution permettait de constitutionnaliser des droits non-écrits, notamment certains protégés par la CEDH.

² P.-M. MARTIN, note sous CE, Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, LPA 6 février 1998.

³ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd. 1999, p. 232-233.

⁴ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 16.

alinéa. Mais le Conseil constitutionnel n'emploie jamais le mot « coutume » pour se référer à ces règles du droit international public. S'agit-il là d'une simple variation sémantique ou d'une véritable différence de concepts ? Il ne semble guère abusif de pouvoir assimiler ces deux syntagmes qui, de toute façon, ne peuvent que désigner des concepts très proches.

D'autre part, la décision *Aquarone* du Conseil d'Etat¹ dit qu'aucune disposition de la constitution « ne prescrit ni n'implique » pour le juge administratif de faire prévaloir les normes coutumières internationales sur la loi. On devrait donc en conclure que le Conseil d'Etat reconnaît l'existence de la coutume internationale mais refuse de la faire primer sur la loi². *A fortiori*, la coutume internationale ne saurait donc primer sur la constitution qui demeure supérieure à la loi. Il faut cependant regarder de plus près le raisonnement du juge. Il part de la constitution et raisonne en termes de compétence et non de hiérarchie des normes. Il n'est pas exclu que dans l'ordre juridique interne les normes coutumières internationales aient une valeur supérieure à la loi. Il est simplement dit que cette supériorité, si elle existe, ne peut pas être sanctionnée par le juge administratif parce qu'il n'est pas habilité par la constitution à le faire. Mais si cela ne

¹ CE, Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, *Rec.* p. 206, concl. G. Bachelier. Solution confirmée par CE - 28 juillet 2000, *Paulin*, *Rec.* p. 317. Pour autant le juge administratif sait faire usage de la coutume internationale. CE, Sect. 23 octobre 1987 *Société Nachfolger Company LTD et autres*, p. 319 : la destruction d'un navire étranger en haute mer ne méconnaît aucun principe de droit international. La coutume permet également de trancher les conflits entre sources internationales (CE - 21 avril 2000, *Zaidi*, *Rec.* p. 159). A l'inverse, la chambre criminelle de la Cour de Cassation n'a pas hésité à écarter une loi au profit d'une coutume internationale : Cass. Crim. 13 mars 2001, *SOS Attentats*, *RGDIP* 2002, p. 475, note F. Poirat et p. 507 concl. Launay. De même, selon la Cour de justice des Communautés européennes, les coutumes internationales lient les institutions et font partie de l'ordre juridique communautaire : CJCE 16 juin 1998, *Racke*, *Rec.* p. I 3655 ; *D.* 1999 p. 185, chron. Y. Petit ; *JCP* 3 février 1999 p. 100022, note E. Leray et A. Poiteau.

² D. ALLAND, « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1053.

Le droit international constitutionnel

relève pas du juge ordinaire, de qui d'autre ? Cette mission doit revenir à quelqu'un : il faut bien arriver à une formulation de la règle coutumière dans l'ordre juridique interne. On pense logiquement au juge constitutionnel. Ainsi, si le juge constitutionnel contrôle la conformité des lois aux coutumes internationale, cela ne devrait pas être du ressort du juge administratif, comme il en va pour le contrôle de constitutionnalité des lois¹. « Il est donc possible, au regard de la lettre de la constitution, d'envisager que le Conseil constitutionnel soit appelé à vérifier la conformité d'une loi, ou même d'un traité ou d'un accord à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi en autorisant la ratification ou l'approbation, aux règles du droit international public auxquelles le préambule se réfère et qui trouvent leur origine dans des sources non écrites du droit international »².

1 - la constitutionnalité de normes internationales non écrites

La constitution peut en effet être considérée déclaratoire de diverses normes coutumières : la notion de souveraineté internationale figure au préambule ; l'article 55 donne effet au principe coutumier de supériorité du droit conventionnel ; l'article 53 applique le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le Conseil constitutionnel a donc accepté de connaître de la violation d'un principe de droit international par une loi³.

Plus implicitement, dans la décision n° 82-132 du 11 février 1982, *Nationalisations 2*, les lois de nationalisation, par leurs effets hors du territoire français, méconnaîtraient les règles de droit public international « dont le respect s'impose au législateur en vertu des dispositions du préambule de la constitution de 1946 ». Le Conseil ne

¹ CE, Ass. 5 mars 1999, *Rouquette* ; *AJDA* 1999 p. 420, chr. Raymond et Frombeur ; *RFDA* 1999 p. 372, note Béchillon et Terneyre ; *RDP* 1999 p. 1223, obs. Camby.

² J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 15.

³ N° 75-59 DC du 30 décembre 1975, cons. 10 : « Considérant [...] que la loi [...] ne contredit aucune disposition du préambule de la constitution, ni aucun des textes auxquels ce préambule fait référence. »

répond pas et élude la question : le sort réservé à la loi française par les Etats étrangers est une question de fait qui n'a pas d'incidence sur les pouvoirs que la constitution confère au législateur français.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté les moyens ainsi invoqués en affirmant qu'ils n'étaient pas fondés. Il a donc implicitement admis sa compétence pour vérifier la conformité d'une loi aux règles du droit international public et la valeur constitutionnelle ces règles. En effet, il lui aurait été facile, dans l'hypothèse inverse, d'écarter ces moyens comme inopérants, sans avoir à les examiner au fond et à les rejeter comme non fondés. Dans sa décision n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel se réfère également aux « obligations internationales de la France ». On peut alors admettre que le Conseil constitutionnel en soit venu à assurer le respect de certaines principes de droit international coutumier dont le droit à l'autodétermination des peuples, le principe « Pacta sunt servanda » et certains principes du droit international humanitaire.

a - Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le maintien de Mayotte sous souveraineté française par la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, aurait méconnu l'alinéa 14 du préambule de 1946 en portant atteinte à l'unité et à l'intégrité des Comores consacrées par plusieurs résolutions des Nations unies. La loi contrevenait ainsi au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes issu des articles 1^{er} § 2 et 55 de la charte de l'ONU du 26 juin 1945 et en particulier à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960 relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, qui proscriit toute condition ou réserve « au moment du transfert de souveraineté ». Ce principe « s'est imposé à la constitution d'origine moins de deux ans après sa promulgation¹ » par la loi constitutionnelle du 4 juin 1960

¹ Cf. LECLERCQ, « La constitution de 1958 face au défi international », in *L'internationalité dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 1.

Le droit international constitutionnel

afin de permettre l'accèsion des Etats d'Afrique à une souveraineté pleine et entière.

A ce moyen, le Conseil répond et « n'écarte donc pas la prise en compte, dans sa mission de contrôle de constitutionnalité des lois, de règles non écrites du droit public international »¹. Il précise que « les dispositions de la loi déferée au Conseil qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international » (cons. 6).

Cette réponse a donné lieu à des interprétations divergentes. Pour Nguyen Quoc Dinh, il est clair que l'expression « mettre en cause » a été employée dans le sens de violation². Selon le doyen Favoreu, cette formule signifie plutôt que le problème ne se plaçait pas sur le plan du droit international, mais du strict droit interne. Il était donc « sans objet » d'examiner le problème au regard des règles du droit public international³, le Conseil n'ayant nul besoin de se référer au droit public international dès lors que l'article 53 alinéa 3 de la constitution consacre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Le Conseil semble cependant accepter d'apprécier la conformité de la loi à des règles non écrites du droit international. Peut-on alors considérer que « le droit des gens de caractère non écrit se situe au niveau constitutionnel de la pyramide hiérarchique des normes du droit français »⁴ ? Dans sa décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 sur le statut de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil semble bien admettre un contrôle de la loi au vu des principes du droit international public puisqu'il intitule une section « En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance des articles 53, alinéa 3, 55 et 88 de la constitution et des principes du droit international public ». Les requérants

¹ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 16.

² N. QUOC DINH, « Le Conseil constitutionnel français et les règles du droit public international », *RGDIP* 1976, p. 1019 et s.

³ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, p. 109-111.

⁴ G. TEBOUL, « Le droit international non écrit devant le juge administratif », *RGDIP*, 1991, p. 321.

prétendent que « l'article 1er de la loi n'est pas conforme aux principes du droit international public et, notamment, à la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux qui proscriit toute condition ou réserve "au moment du transfert de souveraineté" ». Si le moyen semble admis, la réponse l'éluide totalement : « l'article 1^{er}, premier alinéa, de la loi, se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que, s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle ; que, dès lors, les moyens invoqués ne sauraient être accueillis ». *A contrario*, face à un contenu normatif réel, le Conseil aurait donc effectué son contrôle.

b - « Pacta sunt servanda »

Le principe « *Pacta sunt servanda* » exprime que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Si elle fut codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, elle conserve sa valeur coutumière¹. L'Italie, le Portugal, la Grèce et même, dans une certaine mesure, l'Espagne, reconnaissent sa valeur comme source de légalité voire de constitutionnalité. De même, la CJCE ne manque pas de s'y référer². Ce principe général du droit international public, qui implique de ne pas remettre en cause des traités conclus, fut appliqué dans une décision du 19 juin 1970 : la décision communautaire sur les ressources propres des communautés ne faisait qu'appliquer un principe déjà posé par les traités de 1957 déjà « entrés dans le champ d'application de l'article 55 de la constitution ». Il en résulte qu'il n'est plus possible d'en apprécier la constitutionnalité : par suite, un acte qui n'est que la conséquence nécessaire des prévisions du traité de Rome est lui-même à l'abri du grief d'inconstitutionnalité. Cela fut confirmé par deux décisions du 30 décembre 1977 et du 29 avril 1978 :

¹ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. p. 38, § 46.

² CJCE 16 juin 1998, *Racke*, JCP 3 févr. 1999, p. 276.

Le droit international constitutionnel

lorsqu'une loi est la conséquence nécessaire du traité de Rome, le Conseil constitutionnel écarte a priori tout moyen qui tendrait à mettre en cause la constitutionnalité du système communautaire lui-même. Le Conseil protège ainsi les traités en vigueur¹.

L'éclaircissement viendra avec la décision n° 92-308 du 9 avril 1992. A la demande de la saisine présidentielle, « il appartient au Conseil constitutionnel [...] de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter » (cons. 8). Le Conseil constitutionnel refuse d'étendre aux traités sa jurisprudence issue de la décision du 25 janvier 1985 qui admet la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée lors du contrôle d'une loi nouvelle qui étend le champ d'application de la loi ancienne ou en affecte le contenu. Cette non remise en cause du traité entré en vigueur se rattache à la règle *Pacta sunt servanda* : le Conseil, s'appuyant sur l'alinéa 14 du préambule de 1946, reconnaît qu'au rang des règles de droit public international figure la règle *Pacta sunt servanda*.

Reste à savoir si la constatation de l'existence de règles non écrites du droit international public dans le cadre de l'alinéa 14 signifie leur intégration au bloc de constitutionnalité. Pour L. Favoreu et L. Philip, cette règle n'est pas invoquée par le Conseil comme norme de référence destinée au contrôle de constitutionnalité du traité mais sert simplement à justifier « la non remise en cause d'engagements internationaux antérieurs »². « *Pacta sunt servanda* » n'a donc pas

¹ Mais dans une décision du 17 juillet 1980, le Conseil a refusé le moyen selon lequel la convention franco-allemande additionnelle à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale méconnaissait le droit international public en dérogeant à une convention multilatérale à laquelle les deux pays étaient parties.

² L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Alain Plantey, op. cit.*, p.35.

valeur constitutionnelle¹. A l'inverse, certains affirment que le Conseil constitutionnel « a constitutionnalisé la règle de droit international selon laquelle *pacta sunt servanda* »².

La jurisprudence ultérieure apporte la réponse. Dans la décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, il est reproché à la loi de ne pas tenir compte des dispositions d'une convention franco-algérienne de 1983. Le Conseil constitutionnel répond que « contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, aucune dérogation n'avait ainsi à figurer dans la loi ; qu'il ne saurait donc résulter de la disposition contestée une méconnaissance du quatorzième alinéa du préambule de la constitution de 1946 » (cons. 37). Le Conseil ne semble donc pas contester l'efficacité du moyen tiré de l'alinéa 14 : une règle du droit public international (la règle *Pacta sunt servanda*) sert pour contrôler la constitutionnalité d'une loi.

Dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel se référera expressément à la règle *Pacta sunt servanda* sans juger utile de la rattacher à l'alinéa 14 du préambule de 1946. Le Conseil en fait un usage remarquable comme norme constitutionnelle : certaines dispositions du statut de la Cour pénale internationale relativisant le principe de complémentarité de la Cour en cas de défaillance de l'Etat sont contraires à la souveraineté nationale mais le principe « *Pacta sunt servanda* » autorise de telles exceptions. Ainsi une norme constitutionnelle d'origine internationale autorise un traité international à déroger à la constitution ! La conclusion appartient alors au Conseil constitutionnel lui-même dans son *Bilan pour l'année 1999* : « Ainsi, la décision sur le traité "Cour pénale internationale" constitutionnalise-t-elle les principes généraux du droit international et confirme-t-elle la constitutionnalisation de la

¹ L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP* 1993, p. 55.

² E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *RFDA* 1993, p. 52. Voir aussi D. ROUSSEAU, « Jurisprudence constitutionnelle 1992-1993 », *RDP* 1994, p. 116.

Le droit international constitutionnel

règle "*Pacta sunt servanda*", déjà opérée par la décision Maastricht I du 9 avril 1992. »

c - Le droit international humanitaire

Des règles coutumières internationales ont acquis une valeur constitutionnelle. Après la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, il peut ne pas être excessif d'émettre l'hypothèse de la constitutionnalisation de certains principes du droit international humanitaire. En effet, les visas de la décision énumèrent pratiquement l'ensemble des traités humanitaires ratifiés par la France dont le contenu a aussi une valeur coutumière¹. « Le Conseil a également fait allusion aux principes généraux du « droit des gens » issus du droit humanitaire et des droits de l'homme ainsi qu'aux spécificités généralement admises du régime juridique des crimes internationaux. D'où notamment la référence dans les visas de sa décision à l'ensemble des règles relatives aux tribunaux pénaux internationaux »². Le Conseil constitutionnel souligne ainsi l'adhésion déjà ancienne de la France au système spécifique de répression des crimes internationaux.

Tous ces textes, rédigeant des coutumes internationales ou ayant donné naissance à des coutumes internationales, peuvent-ils avoir valeur constitutionnelle ? Concernant la justice pénale internationale, le Conseil constitutionnel apporte quelques éclaircissements. En effet, pour le Conseil, « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que [...] la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ». Or, parmi « les principes du droit international

¹ TPIY, chambre d'appel 7 octobre 1997, *le procureur c/ Drazen Erdemovic*, § 98.

² N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la constitution de 1958 », in P.-M. DUPUY (dir.), *op. cit.*, p. 26.

reconnus par la Cour de Nuremberg et par l'arrêt de cette Cour »¹, on peut retenir trois grands principes sur lesquels le Conseil constitutionnel a pris position, implicitement ou explicitement.

D'une part la définition des crimes internationaux. Le Conseil reconnaît tout d'abord la spécificité de ces crimes « d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Le Conseil examine et ne discute pas la définition de ces crimes : « l'article 6 énumère les actes qui, "commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux", peuvent être retenus sous la qualification pénale de "crime de génocide" ; l'article 7 précise, quant à lui, les actes qui, "commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque", peuvent être qualifiés pénalement de "crimes contre l'humanité" ; enfin, l'article 8 indique que la Cour a compétence à l'égard des "crimes de guerre" et en dresse la liste ; figurent en particulier dans celle-ci les crimes qui "s'inscrivent dans un plan ou une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle" ». Toutes ces définitions sont classiques en droit international. Mais le Conseil va plus loin en constatant « qu'il ressort, par ailleurs, du préambule de la constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle ». C'est donc la condamnation de ces crimes internationaux qui acquiert valeur constitutionnelle.

D'autre part, l'imprescriptibilité des crimes internationaux. Il s'agit d'un principe ancien officialisé par la convention adoptée le 26 novembre 1968 par l'Assemblée générale des Nations unies (résolution 2391-XXIII) et admis en droit français par la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964. Le Conseil a tenu compte de la nature particulière de ces crimes dont la gravité extrême justifie que la constitution n'ait pas entendu interdire que les crimes internationaux fussent déclarés imprescriptibles. L'imprescriptibilité est pourtant

¹ Résolution 95-I du 11 décembre 1946. Sur le contenu de ces principes, cf. M. BETTATI, *Droit humanitaire*, Point Seuil, 2000, p. 216-235.

Le droit international constitutionnel

contraire à la souveraineté du législateur, or, c'est le principe d'imprescriptibilité qui s'impose. Sa constitutionnalité est donc envisageable. Selon N. Lenoir, la décision du Conseil est d'abord reconnaîtive car le principe était déjà applicable en vertu du droit des gens. Le principe d'imprescriptibilité est « véritablement international » et « déborde le droit interne ».

Enfin, l'absence d'impunité pour les criminels qui est le but même de la création de la Cour pénale internationale. Le Conseil constitutionnel le reconnaît en parlant de « la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées ». Ce principe de protéger les droits en ne laissant pas les crimes impunis est devenu traditionnel. Cependant, il ne semble pas avoir valeur constitutionnelle puisque le Conseil constitutionnel a jugé contraire aux régimes particuliers de responsabilité, institués par les articles 26, 68 et 68-1 de la constitution au profit des titulaires de certaines qualités officielles, l'article 27 du statut selon lequel la qualité officielle de chef de l'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement n'exonère pas de la responsabilité pénale posée par le statut. De même, le Conseil a estimé que le statut de la Cour pénale internationale portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans la mesure où la France pourrait être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription. Or il s'agit bien là d'un principe constitutionnel contraire qui l'emporte sur un principe conventionnel qui ne saurait avoir valeur constitutionnelle.

2 - Un phénomène conforme à la logique internationale

La reconnaissance de la constitutionnalité de certains principes coutumiers du droit international répond en fait à une certaine cohérence de l'ordre juridique interne au vu de l'ordre juridique international. Il est en effet certaines normes internationales impératives auxquelles les États n'ont pas la capacité de se soustraire.

Jean-Charles Jobart

Le respect de telles normes ne saurait être conditionné ni par la volonté de l'Etat ni par une condition de réciprocité.

a - le respect du *jus cogens*

Constitutionnaliser certaines coutumes internationales et non le droit conventionnel semble contradictoire avec la logique non formaliste du droit international où coutume et traité ont même valeur. Mais c'est oublier que certaines coutumes peuvent se voir reconnaître une valeur supérieure si elles font partie du *jus cogens* ou droit impératif.

La convention de Vienne de 1969 donne à son article 53 une définition du *jus cogens* : « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Cette définition établit donc une véritable hiérarchie entre les normes impératives et les autres normes internationales. Selon la commission du droit international, il s'agit de « certaines règles et certains principes auxquels les Etats ne sauraient déroger par des arrangements conventionnels ». « Le *jus cogens* est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle »¹.

Mais le *jus cogens* manifeste aussi l'apparition d'un ordre public international contre lequel l'Etat ne pourrait aller : il y a là la seule privation de sa liberté non librement consentie, la seule limite posée à sa souveraineté. Il y a derrière cette affirmation des préoccupations morales, l'affirmation d'une communauté juridique universelle fondée sur des valeurs propres devant lesquelles tous ses membres doivent s'incliner. « Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces

¹ Tribunal arbitral, sentence du 31 juillet 1989, *Délimitation de la frontière maritime Guinée-Bissau / Sénégal*, RGDIP 1990, p. 234.

Le droit international constitutionnel

droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »¹.

Il est logique que ces principes qui s'imposent aux Etats dans l'ordre juridique international en dehors de leur volonté se retrouvent dans l'ordre juridique interne placés au plus haut de la hiérarchie des normes, là où la volonté des autorités politiques saurait le moins leur porter atteinte. Cela peut alors expliquer la nécessité de la constitutionnalisation de certaines normes coutumières internationales relevant du *jus cogens*.

Le problème principal est bien sûr celui de l'identification de ces normes impératives. La convention de Vienne, à son article 66, va jusqu'à préciser qu'en cas de différend prolongé concernant l'article 53, toute partie « peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de justice » ou à un arbitrage international. Préventivement, la commission du droit international a donné des exemples : porteraient atteinte aux normes impératives du droit international un traité qui envisage un emploi de la force contraire aux principes de la charte, un traité organisant la traite des esclaves, la piraterie, le génocide ou portant atteinte aux règles protectrices de la situation des individus². Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice fournit aussi une liste d'exemples : actes d'agression, génocide, atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, esclavage et discrimination raciale.

Il est remarquable que les principes de droit international repris comme normes constitutionnelles par le Conseil constitutionnel dans l'ordre interne aient aussi été reconnus comme normes impératives dans l'ordre juridique international. Ainsi, la Cour internationale de justice a reconnu le caractère impératif du droit à l'autodétermination des peuples³. Dans son avis n° 1, la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie a classé parmi les normes impératives les « droits

¹ CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Rec. p. 32.

² Ann. CDI 1966, vol. II, p. 270.

³ CIJ, sentence du 31 juillet 1989, *Détermination de la frontière maritime entre Guinée Bissau et Sénégal* ; RGDIP 1990, p. 234-235.

des peuples et des minorités »¹ et dans son avis n° 2 du 11 janvier 1992 affirme l'existence « de normes, maintenant impératives du droit international général » imposant « aux Etats d'assurer le respect des droits des minorités ». Dans son avis n° 10 du 4 juillet 1992 la commission qualifie d'impératives les normes qui interdisent « le recours à la force dans les relations avec d'autres Etats ou qui garantissent les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques »².

La règle « *Pacta sunt servanda* » a aussi un caractère impératif. « Personne n'ose prétendre qu'un traité organisant, par exemple, une violation du principe *pacta sunt servanda* [...] conserve sa pleine validité au regard du droit positif »³. Le principe de bonne foi est en effet une institution qui régit l'ensemble des relations internationales, un principe fondateur et nécessaire du droit international public.

Enfin, concernant le droit international humanitaire, la Cour internationale de justice qualifie de « principes intransgressibles du droit international coutumier un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés »⁴, ce qui comprend la condamnation des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide.

b - La réserve de réciprocité

Pour certains, faire du *jus cogens* une norme constitutionnelle servant au contrôle de constitutionnalité ne serait pas conciliable avec la jurisprudence *I.V.G.*⁵. Au contraire, un tel contrôle est compatible

¹ Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 1, *RGDIP* 1992, p. 265.

² Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 10, § 4, *RGDIP* 1993 p. 594.

³ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 2002, p. 207.

⁴ CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* p. 257.

⁵ L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Etudes offertes à Alain Plantey*, Ed. A. Pedone, Paris, 1995, p. 35.

Le droit international constitutionnel

avec cette jurisprudence car il diffère du contrôle de conventionnalité de l'article 55. Il ne concerne pas les normes conventionnelles mais oppose aux lois uniquement des règles ayant une « valeur absolue » car impératives dans l'ordre juridique international. Ces normes ne sont pas non plus contingentes.

Il est normal que ces normes impératives qui s'imposent aux Etats de façon absolue ne sauraient être conditionnées par une exigence telle que la réserve de réciprocité. D'ailleurs, le contenu même de la réserve de réciprocité n'est pas évident¹. Cette réserve se retrouve ainsi à l'alinéa 15 du préambule de 1946 comme condition formelle, réputée remplie, s'agissant d'un traité multilatéral, « après le dépôt du dernier instrument de ratification » (n° 70-39 DC du 19 juin 1970 et n° 92-308 DC du 9 avril 1992 cons. 12) sans qu'il soit nécessaire que ces engagements soient identiques pour chaque partie (n° 97-394 DC du 31 décembre 1997).

L'article 55 aussi dit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Mais cette condition ne saurait s'appliquer à certaines catégories de normes internationales dont les normes impératives.

Selon le Conseil constitutionnel, cette exigence « n'est pas une condition de la conformité des lois à la constitution » mais « affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois » (n° 80-126 DC du 30 décembre 1980). Une telle interprétation surprend puisque, en principe, la réserve de réciprocité concerne l'applicabilité et non l'autorité du traité².

La réserve de réciprocité ne saurait donc s'appliquer à des normes impératives comme le droit international humanitaire. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, affirme la non applicabilité aux traités relatifs aux droits de l'homme

¹ F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP* 1999-1, p. 37.

² S. REGOURD, « De la vanité de la clause de réciprocité », *RGDIP* 1983 p. 780 et s.

de la réserve de réciprocité de l'article 55. Ce faisant, il ne fait que donner valeur constitutionnelle à un principe classique repris à l'article 60 § 5 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 qui interdit à un Etat-partie à une convention multilatérale « de nature humanitaire » d'en suspendre les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine » au motif de sa violation par un autre Etat-partie. Les traités humanitaires n'ont donc pas un caractère de contingence. En effet, « à la différence des traités internationaux de type classique, la convention européenne déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. Elle crée des obligations objectives qui [...] bénéficient d'une garantie collective »¹. La réserve de réciprocité de l'article 55 n'a donc pas lieu de s'appliquer à de tels engagements.

Cette solution avait déjà été retenue concernant le droit communautaire pour des raisons tenant à la nature de l'intégration dans l'Union européenne. Dans la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur l'article 88-3 débutant par les mots « sous réserve de réciprocité... ». Les députés s'interrogeaient pour savoir si le respect de l'article 88-3 exigeait que figure dans la loi organique une clause bilatérale de réciprocité. Le Conseil constitutionnel, dans le droit fil de sa décision du 9 février 1992 (cons. 16) relative au traité de Maastricht, a estimé que la condition de réciprocité posée par l'article 88-3, tout comme celle posée par l'alinéa 15 du préambule de 1946, est satisfaite « dès lors que le dernier instrument de ratification du traité... a été déposé »².

Au surplus, il est juridiquement impossible, en droit communautaire, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés européennes³, de faire dépendre le respect d'une stipulation du traité de son observation par les autres

¹ CEDH 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, *RGDIP* 1979, p. 104, note P.-M. Martin.

² Reste à savoir si cette conception formelle sera satisfaisante en cas d'accord très déséquilibré défavorable à la France. F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP* 1999-1, p. 46.

³ CJCE 13 novembre 1964, Aff. n° 90 et 91/63, *Rec.* p. 1217.

Le droit international constitutionnel

Etats membres. Le dernier Etat-membre ayant déposé son instrument de ratification le 13 octobre 1992, la condition de réciprocité était donc remplie lors de l'adoption de la loi. De même, la condition de réciprocité de l'article 88-2 n'est qu'un rappel de l'alinéa 15 du préambule de 1946, une condition formelle n'allant pas jusqu'au contrôle de l'application du traité par les autres Etats parties. Le Conseil constitutionnel rappelle toutefois que si un Etat-membre ne remplissait pas ses obligations nées de l'article 8 B § 1 du traité, il appartiendrait à la France de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'article 170 du traité CE (cons. 5).

B – La constitutionnalité de règles conventionnelles

Si des normes coutumières internationales se sont vues reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, certaines normes conventionnelles ont aussi acquis cette valeur mais du fait de l'intervention du pouvoir constituant. Ainsi, « la constitution, en créant des obligations internationales à la charge de la France, constitue une véritable source du droit international »¹. Deux méthodes sont alors envisageables.

D'une part, le constituant peut reprendre au cœur même de la constitution le contenu de dispositions internationales. D'autre part, le constituant peut se contenter de faire référence à une norme internationale dont il autorise l'application en dérogation de certains principes constitutionnels. « Suite à une révision constitutionnelle, un engagement international, visé par une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, peut devenir une norme de référence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois »².

Examinons donc quelle a été l'action du pouvoir constituant au cours des dix dernières années et ses conséquences quant à la constitutionnalisation de normes internationales.

¹ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 15.

² J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 14.

Jean-Charles Jobart

a – La loi constitutionnelle du 25 juin 1992

La construction européenne a pu se poursuivre pendant plus de trente ans sans que jamais la constitution y fasse obstacle. Le traité de Maastricht signé le 7 février 1992 marquera sur ce point une rupture. Sa ratification nécessitera des révisions constitutionnelles dans toute l'Europe¹. La France ne fera pas exception. La décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 estime que la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques prive l'Etat de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il en va de même pour la communautarisation des politiques d'immigration, la monnaie unique ou la mise en œuvre d'une citoyenneté européenne. D'où l'intervention du pouvoir constituant par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 qui ajoute un nouveau titre XV à la constitution.

Ce titre XV consacre l'ensemble de la construction communautaire. L'article 88-1 déclare que « La République participe aux Communautés européennes », ce qui « entérine la construction européenne et fait ainsi bénéficier d'une présomption de régularité constitutionnelle toutes les décisions futures prises dans le cadre des traités ou résultant de ceux-ci »². Ainsi, les règlements communautaires limitant la compétence parlementaire ne sont que la conséquence des traités ratifiés³ et les directives doivent obligatoirement être transposées par le Parlement, même si elles sont contraires à un principe constitutionnel⁴. L'article 88-1 n'envisage que

¹ En Espagne, Irlande et Portugal en 1992 ; en Allemagne et Finlande en 1993 ; en Autriche et Suède en 1994.

² G. CARCASSONNE, *La constitution*, Seuil, 5^e éd. 2002, p. 335.

³ N° 77-90 DC du 30 décembre 1977.

⁴ N° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la constitution ». Le Conseil constitutionnel ne peut donc faire qu'un contrôle « minimum » des directives pour constater une éventuelle et flagrante inconstitutionnalité. Ce jugement « de Salomon »

Le droit international constitutionnel

L'exercice en commun de compétences étatiques auxquelles l'Etat renonce. L'Union ne tient donc pas ses compétences d'une souveraineté propre. Il s'agit « d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consenties par les Etats membres » (n° 92-308 DC cons 13 ; n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, cons 6). Mais elle constitue « un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française » (n° 92-308 DC cons. 34). Cet article 88-1 consacre d'ailleurs la spécificité du droit communautaire dans l'ordre constitutionnel, celui-là s'appliquant non en application du principe constitutionnel « Pacta sunt servanda » comme les autres traités internationaux mais en vertu de l'article 88-1 (n° 2004-406 DC du 10 juin 2004, cons. 5 et 6).

L'article 88-2 alinéa 1 affirme la participation de la France à l'Union économique et monétaire et à la politique commune de franchissement des frontières « selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 ». De par cette référence expresse au traité, « le contrôle de conventionnalité (communautaire) d'une loi se trouve intégré au contrôle de constitutionnalité. Dans une décision du 3 août 1993, *Statut de la Banque de France*, le Conseil a refusé de procéder au contrôle de conventionnalité parce que, à la date de sa décision, tous les instruments de ratification n'avaient pas été déposés par les Etats signataires, et que le traité de l'Union européenne n'était pas entré en vigueur »¹. *A contrario*, une fois le traité de Maastricht en vigueur, ce contrôle serait admis. Les modalités prévues par le traité de Maastricht font donc partie des normes de référence. Pour autant, « formellement, les dispositions en cause n'ont pas été constitutionnalisées dans la mesure où elles peuvent être modifiées

du Conseil est d'ailleurs en contradiction avec la logique internationale dualiste.

¹ D. ALLAND, « Le droit international « sous » la constitution de la Ve République », *RDP* 1998, p.1656.

selon la procédure habituelle de conclusion des engagements internationaux »¹. Dans une perspective dualiste, les Etats sont internationalement libres de modifier les conventions qu'ils ont conclues. Dans l'ordre interne, la promesse du constituant de se conformer à la convention, qui garde son identité juridique, devrait toujours tenir malgré ces modifications conventionnelles. Pourtant, l'applicabilité de l'article 88-2 apparaît dépendre de la validité internationale du traité. La référence constitutionnelle au traité emportait l'obligation de s'assurer que la loi relative au statut de la Banque de France respectait les modalités prévues par le traité. Or ce dernier n'était pas entré en vigueur au moment de la saisine. La loi déferée, privée de son fondement constitutionnel sera donc déclarée inconstitutionnelle.

L'article 88-3 constitutionnalise le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens européens dans les limites prévues par le traité et selon les modalités prévues par le traité dont la directive n° 94/80/CE du 19 décembre 1994. Saisi de la conformité du traité à la constitution nouvellement révisée, le Conseil constitutionnel précise, dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, que la loi organique annoncée par l'article 88-3 de la constitution « devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par l'article 8 B §1 » du traité de Maastricht (cons. 28). Ainsi, « c'est le bloc de constitutionnalité lui-même (constitué de l'ensemble des normes par rapport auquel est effectué le contrôle de constitutionnalité des lois) qui se trouve désormais enrichi au moins de l'article 8 B, paragraphe 1^{er}, du traité de Maastricht et de l'ensemble des prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par cet article »². Dans la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, le Conseil constitutionnel, examinant la constitutionnalité de la loi organique déterminant les

¹ M. de VILLIERS et Th. S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 670.

² E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *RFDA* 1993, p. 48.

Le droit international constitutionnel

conditions d'application de l'article 88-3, dit qu'« il résulte de la volonté même du constituant qu'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 de la constitution respecte tant le § 1^{er} de l'article B du traité instituant la Communauté européenne [...] que la directive susmentionnée du 19 décembre 1994 » (cons. 4). La norme internationale « s'interpose » donc entre la norme déferée et la norme constitutionnelle de contrôle. La conventionnalité devient une condition indispensable de la constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel conclura que « l'ensemble du texte [...] n'est contraire à aucun principe ni aucune norme constitutionnelle, non plus qu'à aucune des normes communautaires de référence applicables en l'espèce ». Il est à remarquer que le Conseil constitutionnel, en affirmant que les députés européens représentaient l'ensemble des citoyens de l'Union, considère le Parlement européen comme une véritable assemblée supra-nationale ayant vocation à représenter non plus les peuples considérés isolément mais la communauté des citoyens de l'Union¹. La citoyenneté européenne « atteste d'une certaine manière de l'existence d'une forme de « cité européenne »² ».

Enfin, l'article 88-4 fait obligation au gouvernement de transmettre aux assemblées toutes les propositions d'actes communautaires avec pouvoir de voter des résolutions³.

La loi constitutionnelle du 25 juin 1992 redessine donc de façon moins contraignante les contours de la souveraineté mais de façon très juste. Elle comporte une acceptation des « transferts de compétences » nécessaires à l'application future du traité mais analyse la participation de la France et de ses partenaires aux organismes en cause comme un « exercice en commun de certaines de leurs compétences », ce qui interdit tout passage à un Etat fédéral. Le

¹ N° 2003-468 DC du 3 avril 2003.

² B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004, p. 770.

³ H. ROUSSILLON (dir.), *L'article 88-4 de la constitution française : le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1995.

pouvoir constituant a fait un choix « minimum » consistant à donner son autorisation aux dispositions jugées non conformes du traité, laissant ainsi présager une nouvelle révision constitutionnelle à l'occasion de chaque future avancée de la construction communautaire.

b – La loi constitutionnelle du 25 novembre 1993

La convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 avait été déclarée conforme à la constitution par la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991. En application de cette convention, la loi relative à la maîtrise de l'immigration prévoit différents cas de compétence préfectorale exclusive pour refuser l'admission au séjour d'un étranger si elle relève, suivant la convention, de la compétence d'un autre Etat. De plus, quand l'admission au séjour a été refusée, le demandeur ne peut saisir l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. De telles dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. La décision surprit : une loi conforme à un traité conforme à la constitution était inconstitutionnelle, signifiant par là que la conformité à un traité et la conformité à la constitution étaient de natures différentes.

L'obstacle fut surmonté par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993¹ qui ajoute un article art. 53-1 à la constitution. Son premier alinéa permet à la France de conclure avec des pays européens des engagements en matière de droit d'asile et de protection des droits de l'homme afin, en particulier, de déterminer les compétences en matière d'examen de demande d'asile. Cet alinéa permet donc d'appliquer les accords de Schengen et de Dublin dans les mêmes conditions que les autres Etats signataires et ouvre la voie à d'autres accords.

Mais cette liberté octroyée par le premier alinéa trouve une limite dans le second alinéa qui réserve le cas de tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté. Bien que non compétent

¹ Fr. LUCHAIRE, « Le droit d'asile et la révision de la constitution », *RDP* 1994-1 p. 5.

Le droit international constitutionnel

en vertu d'une convention, l'Etat français peut tout de même examiner sa demande d'asile. Mais là où le préambule de 1946 donnait un droit à l'individu et donc une obligation à l'Etat d'examiner sa demande, ce nouveau texte n'en fait plus qu'une faculté pour l'Etat et supprime donc le droit de l'individu à l'examen de sa demande d'asile. Ce second alinéa constitutionnalise donc la réserve de souveraineté faite par le Conseil constitutionnel en matière de droit d'asile, conformément aux accords de Schengen.

c – La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998

Cette loi constitutionnelle eut pour objet d'ajouter un nouveau titre XIII à la constitution afin de la rendre compatible avec les accords de Nouméa du 5 mai 1998 qui, rappelons-le, constituent une convention internationale¹. Il s'agissait là de la concrétisation des promesses des accords de Matignon de 1988. Les accords de Nouméa visaient en effet à déroger à certaines règles ou principes à valeur constitutionnelle :

- une rupture est établie, en matière de droits civils et politiques, entre nationalité et citoyenneté puisque sont privés du droit de suffrage les citoyens établis en Nouvelle-Calédonie après 1988 ;

- en matière de droit du travail dans le secteur privé, de droit d'exercice d'une profession libérale ou d'accès à la fonction publique locale, des dispositions favorisent les citoyens de Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a admis ces dispositions de la loi organique n° 99-909 du 19 mars 1999 à la condition que ces discriminations soient « strictement nécessaires » et reposent sur des critères « objectifs et rationnels » (n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons 17) ;

¹ Il s'agit d'une convention internationale d'une part par son objet : la mise en œuvre du principe international du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont la mise en œuvre nécessite la consultation du peuple concerné (CIJ, avis du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 6). D'autre part par les parties présentes : l'Etat français et les représentants d'un peuple, un mouvement de libération nationale, bénéficiant d'une personnalité juridique internationale temporaire en attendant la succession de l'Etat nouveau. Pour autant, une convention fiscale entre la France et la Nouvelle-Calédonie reste un acte de droit interne (n° 83-160 DC du 19 juillet 1983).

Jean-Charles Jobart

- les actes adoptés par le Congrès de Nouvelle-Calédonie ont valeur législative dans des domaines aussi importants que le droit de propriété, la capacité des personnes, le droit du travail ; ils sont dénommés « lois de pays » et soumis au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel (n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000).

En application des accords, l'article 76 de la constitution apporte une dérogation substantielle au principe d'universalité du suffrage. L'article 77 confère une valeur constitutionnelle aux accords de Nouméa. « La rédaction est en effet sans ambiguïté puisque la loi organique doit respecter les orientations de cet accord et assurer sa mise en œuvre. Ce renvoi dispense ainsi la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 de reprendre intégralement les stipulations de l'accord de Nouméa, et lui permet de se limiter à une simple validation constitutionnelle »¹. Le contrôle de constitutionnalité de la loi organique relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie s'exerce donc « non seulement au regard de la constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa » (n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons 3). Les accords de Nouméa se voient ainsi promus au rang de texte de valeur constitutionnelle. La constitutionnalisation s'est même appliquée aux textes auxquels renvoyait l'accord puisque le Conseil d'Etat, par la décision *Sarran* du 30 octobre 1998², a reconnu le caractère constitutionnel de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 d'où l'impossibilité pour le juge ordinaire d'en contrôler la conventionnalité.

d – La loi constitutionnelle du 25 janvier 1999

La révision constitutionnelle provoquée par la ratification du traité de Maastricht s'était voulue la plus stricte possible, limitée aux seules dispositions entrant en contradiction avec la constitution. Du coup, il fallut recommencer ce travail pour pouvoir ratifier le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Celui-ci visait en effet à

¹ M. de VILLIERS et Th. S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 658.

² D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1101.

Le droit international constitutionnel

communautariser progressivement une large partie du troisième pilier (coopération en matière de justice et d'affaires intérieures) avec, en particulier, le passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité en matière d'asile, d'immigration et de franchissement des frontières ou de circulation des personnes.

Dans sa décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, le Conseil constitutionnel ne put que reconnaître l'inconstitutionnalité de l'article 73 O de ce traité, concernant les mesures relatives à l'asile, à l'immigration et au franchissement des frontières intérieures et extérieures des Etats. D'où l'intervention du constituant par la loi du 25 janvier 1999.

Il s'agit à nouveau d'une intervention minimaliste de la part du pouvoir constituant. Le second alinéa de l'article 88-2 vise expressément le traité du 2 octobre 1997 selon les modalités duquel la France peut transférer les compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes. S'il y a bien référence au traité, la politique communautaire de libre circulation des personnes n'est constitutionnellement qu'une faculté et non une obligation pour l'Etat. Peut-on alors parler de constitutionnalisation du droit de libre circulation des personnes entre pays de l'Union ?

Enfin, la révision élargit le champ de l'article 88-4 en étendant l'obligation du gouvernement de communiquer les projets d'actes communautaires au Parlement.

d – La loi constitutionnelle du 8 juillet 1999

Le Conseil constitutionnel ayant constaté le 22 janvier 1999 l'inconstitutionnalité du traité de Rome du 17 juillet 1998 portant statut de la Cour pénale internationale, la ratification du traité nécessita une révision constitutionnelle effectuée par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999. Celle-ci s'est bornée sobrement à introduire une habilitation particulière plutôt que de faire toute une série de modifications d'articles pour obtenir le même résultat. Ainsi, un nouvel article 53-2 autorise la France à « reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998. ». Il ne s'agit là encore que d'une faculté

Jean-Charles Jobart

pour l'Etat. Mais si la France a ratifié le traité, pourrait-elle s'en désengager sans violer la constitution ? Théoriquement oui, mais on a vu que les normes coutumières essentielles contenues dans le traité du 17 juillet 1998 ont déjà reçu valeur constitutionnelle. On peut aussi imaginer un « effet cliquet »¹ censurant une loi qui, revenant sur la ratification du traité, rendrait les droits « fondamentaux » protégés par le traité moins « effectifs ». Ce faisant, c'est le statut de Rome qui serait constitutionnalisé, c'est-à-dire l'existence et la compétence de la Cour, même à l'égard de dirigeants en exercice, pour les crimes internationaux les plus graves.

e – La loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003

La décision cadre du Conseil de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen crée une procédure entièrement judiciaire à intégrer à la législation interne avant le 1^{er} janvier 2004. Or un tel mandat contrevenait à certains principes du droit pénal français dont le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel on ne peut extraditer une personne dans un but politique. Le Congrès, réuni à Versailles le 17 mars 2003, examina deux projets de loi constitutionnelle : le premier relatif à l'organisation décentralisée de la République, le second au mandat d'arrêt européen. La loi constitutionnelle sur le mandat d'arrêt européen du 25 mars 2003 ajoute un troisième alinéa à l'article 88-2 : « La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du traité de l'Union européenne. » Le mandat d'arrêt européen obtient donc une affirmation constitutionnelle. Une compétence est attribuée au législateur pour prendre des mesures d'application du droit communautaire dérivé. Le respect du droit dérivé, contrôlé par le Conseil constitutionnel, devient une exigence constitutionnelle.

Il s'agit là encore d'une intervention minimale du constituant qui doit sans cesse se remettre à l'ouvrage à chaque nouvelle avancée de l'intégration européenne. Ainsi, le Conseil constitutionnel ayant

¹ N° 83-165 DC du 20 janvier 1984 ; n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

Le droit international constitutionnel

déclaré inconstitutionnel sur plusieurs points le traité de Rome du 29 octobre 2004 établissant une constitution pour l'Europe (n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004), l'on peut s'attendre à une nouvelle révision de la constitution. Peut-être le constituant devrait-il songer un jour à des interventions moins ponctuelles et procéder par avance à une acceptation plus large de l'intégration européenne.

Arrivé au terme de ces trop longues observations, on pourrait être tenté de conclure comme Jules Renard : « A force de vous expliquer quelque chose, on n'y comprend plus rien. » Il est vrai que parfois, l'on finit par obscurcir de ses éclaircissements un sujet dont on veut vaincre l'énigme. Mais il n'y a rien à éclairer ici, seulement à voir. La pyramide des normes n'a pas de secret à dévoiler, pas de mystère qui la rend insondable ; mais de multiples entrées pour l'explorer, plusieurs angles pour l'observer. Elle n'est pas un labyrinthe mais un trompe-l'œil : une pyramide double, deux pyramides liées comme les deux cônes d'un sablier joints par un lien étroit mais essentiel. Deux ordres, deux sphères unies en un mince col par où s'écoule le sable, doucement mais inexorablement.

Le rapport du droit international et du droit constitutionnel est le résultat de la construction de la société occidentale. « L'ordre n'est pas simplement géométrique. L'ordre s[e] souvient de l'histoire »¹. L'ordre international contraint l'ordre interne sur certaines valeurs historiques jugées essentielles : il ne faut pas s'étonner de ce rapport de normes car il ne s'agit pas d'une descendance directe mais issue du dualisme né des deux pyramides. « Dans l'ordre imaginaire, il devient normal que l'éléphant, l'animal immense, sorte d'une coquille de limaçon »². L'ordre juridique n'en est pas moins imaginaire et il y est tout à fait concevable de voir naître des normes constitutionnelles de normes internationales.

¹ G. BACHELARD, *Poétique de l'espace*, 1957, p. 83.

² *Idem*, p. 107.

**LA PRISE EN COMPTE DU CONTEXTE
JURIDIQUE COMME METHODE
D'INTEGRATION ET D'ENRICHISSEMENT
DE CONCEPTS DANS L'INTERPRETATION
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**par Caterina Sévérino,
docteur en droit,
GERJC-CNRS, UMR 6055
Université d'Aix-Marseille III**

L'influence des autres branches du droit sur la jurisprudence constitutionnelle n'est désormais plus vraiment contestée. De nos jours, personne ne met plus sérieusement en doute le fait que lorsque le juge constitutionnel confronte la loi à la constitution pour en vérifier la conformité, il interprète les deux textes afin d'en tirer une signification normative et que dans ce double processus interprétatif il tient souvent compte du contexte juridique qui entoure les dispositions interprétées. Ce contexte juridique, à savoir les textes qui réglementent la matière dont relève la question de constitutionnalité mais aussi et surtout les solutions jurisprudentielles forgées dans cette même matière, vient ainsi inspirer la jurisprudence constitutionnelle, l'informer, l'enrichir, la nourrir. Il semble même prendre une importance croissante aux yeux du juge constitutionnel. La réception par ce juge de ces éléments textuels et jurisprudentiels provenant d'autres branches du droit permet notamment l'intégration de nouveaux concepts au sein du droit constitutionnel. Elle permet également d'étoffer ces nouveaux concepts, de les enrichir, d'affûter ceux qui sont encore en gestation.

Certes, cette importation conceptuelle réalisée lors du contrôle de constitutionnalité ne constitue pas le seul moyen pour ajouter de nouveaux objets au sein du droit constitutionnel ou pour modeler les concepts déjà existants. D'autres procédés, tels la révision de la constitution, l'ajout d'une charte ou encore l'élaboration autonome de nouvelles solutions par l'œuvre du juge, offrent, en effet, la possibilité d'intégrer de nouveaux objets ou de nouveaux champs dans le droit constitutionnel. L'importation conceptuelle représente cependant une source importante d'enrichissement de cette branche du droit, d'autant qu'elle contribue à l'harmonisation du système juridique dans son ensemble ; elle est la conséquence de son unité.

Cette volonté de cohérence est l'une des principales raisons incitant le Conseil constitutionnel à tenir compte des constructions jurisprudentielles ou des notions textuelles provenant des autres branches du droit. Elle participe d'une vision globale du système juridique dans laquelle les différentes branches normatives ne sont pas repliées sur elles-mêmes, mais constituent plusieurs éléments d'un même ordre juridique cohérent et complet. Dans cette optique, l'interaction avec la jurisprudence des autres juridictions, en particulier avec celle du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, joue un rôle primordial. C'est principalement par ce biais que le Conseil constitutionnel réceptionne des éléments étrangers au droit constitutionnel.

Mais, le souci de cohérence entre les différentes branches du droit n'est pas la seule raison qui pousse le juge constitutionnel à tenir compte du contexte juridique lors de l'interprétation des textes. Ainsi, pour ce qui concerne les juridictions internes, le Conseil constitutionnel est également animé par la volonté d'atteindre un équilibre avec les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif. En effet, lorsque le Conseil constitutionnel est apparu dans l'ordre juridique français, il avait devant lui deux grands protagonistes de cette scène juridique, la Cour de cassation et le Conseil d'État qui, depuis presque deux siècles, avaient forgé tout un édifice jurisprudentiel, technique et conceptuel dont le Conseil

L'interprétation du Conseil constitutionnel

constitutionnel ne pouvait faire abstraction. Dans ces conditions, il était impossible pour lui d'ignorer ces deux autres juridictions, ainsi que les bagages conceptuels et les « monuments »¹ jurisprudentiels qu'ils avaient façonnés tout au long de leur activité. Bien au contraire, le Conseil s'est très vite aperçu qu'il lui fallait coopérer avec les autres juridictions afin de mieux participer à la diffusion des valeurs constitutionnelles au sein de l'ordre juridique. Pour ce qui regarde le droit européen et communautaire et, plus précisément, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil constitutionnel est souvent amené à s'en inspirer ou à en tenir compte non seulement dans un souci de cohérence de l'ordonnement juridique mais également pour éviter tout risque de divergence qui pourrait conduire à une éventuelle censure d'une loi précédemment déclarée conforme à la constitution. En outre, le juge constitutionnel peut être poussé à tenir compte du contexte juridique européen dans le souci d'éviter des contradictions avec la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui, eux, appliquent directement le droit de la convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire².

Pour l'ensemble de ces raisons, mais aussi –tout simplement– parce que les éléments textuels et jurisprudentiels composant le contexte juridique représentent des sources d'information d'une immense richesse, le Conseil constitutionnel s'en inspire régulièrement pour alimenter son œuvre jurisprudentielle. Cette prise en compte du contexte juridique constitue de fait une véritable méthode d'intégration et d'enrichissement des concepts

¹ F. MODERNE, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque des 20 et 21 septembre 1996, Paris, Economica, 1999, p. 71.

² Sur ce point, voir O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », rapport présenté au VI^e Congrès mondial de droit constitutionnel, Santiago du Chili, 16 janvier 2004, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

constitutionnels. Elle permet non seulement l'insertion et l'enrichissement de concepts au sein de la norme paramètre de l'examen de constitutionnalité, c'est-à-dire de l'ensemble des normes de rang constitutionnel qui servent de référence au contrôle de la loi (I), mais aussi au sein de la norme objet du contrôle (II).

I – La prise en compte du contexte juridique dans l'interprétation des dispositions paramètre du contrôle

L'interprétation des dispositions qui servent de référence au contrôle de constitutionnalité de la loi pose souvent d'importantes difficultés compte tenu de leur degré d'indétermination. Ces dispositions sont, en effet, souvent marquées par une grande imprécision qui rend leur signification particulièrement délicate à déterminer : plus que toutes autres, les dispositions constitutionnelles, et principalement celles protectrices de droits fondamentaux, ont une « texture ouverte »¹. Face à de telles dispositions, le Conseil constitutionnel est davantage amené à tenir compte du contexte, qu'il soit juridique ou même factuel², afin de leur attribuer une signification cohérente avec les systèmes auxquels ces dispositions renvoient. C'est notamment dans ces situations que l'influence ou la réception de concepts appartenant aux autres branches du droit peut jouer un rôle significatif. Ces éléments externes au droit constitutionnel qu'ils soient issus du contexte juridique européen (A) ou national (B) peuvent ainsi venir éclairer ce droit et le nourrir de nouveaux objets.

¹ H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, trad. fr. de M. Van de Kerchove, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, 2^e éd.

² Sur la question de l'incidence des faits sur l'interprétation de la norme constitutionnelle opérée par le Conseil constitutionnel voir notamment J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 2001, *passim* ; « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 126 et s.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

A – La prise en compte du contexte juridique européen

Comme le Conseil constitutionnel l'a affirmé de manière péremptoire, dans la célèbre décision *IVG* du 15 janvier 1975¹, le droit européen et le droit communautaire –et plus généralement le droit issu des engagements internationaux– ne constituent aucunement des normes paramètres du contrôle de constitutionnalité de la loi. L'étude de la jurisprudence du Conseil montre cependant qu'ils représentent aux yeux de ce juge des données contextuelles non négligeables, susceptibles d'exercer une influence sur son interprétation. Certes, cette influence est délicate à mettre en lumière car le Conseil constitutionnel ne mentionne quasiment jamais ses sources d'inspiration². Il préfère présenter comme découlant du « bloc de constitutionnalité » les éléments étrangers réceptionnés lors de l'interprétation des dispositions constitutionnelles³. Néanmoins, force est de constater que le Conseil prend en compte, s'inspire, voire réceptionne des concepts provenant du droit communautaire ou conventionnel. Compte tenu de la proximité des domaines et des contenus existant entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel, l'influence du contexte conventionnel (1) est logiquement bien plus importante que celle du contexte communautaire (2).

¹ Conseil constitutionnel, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *RJC*, I-30.

² En ce sens, voir notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, 2002, n° 1, p. 127.

³ En ce sens, P. GAÏA, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 28-1996, p. 731. Cet auteur souligne, à ce propos, que cette démarche du Conseil constitutionnel, qui procède ainsi par filtrage, par « constitutionnalisation » et donc « nationalisation » de la norme européenne, présente deux avantages : « elle préserve l'autonomie du juge constitutionnel en le confortant dans sa conviction de n'avoir à appliquer que les seules règles internes ; elle prévient les risques de conflits entre les organes internes et les organes internationaux de contrôle ».

Caterina Sévérino

1 - *Le droit de la convention européenne des droits de l'homme*

Les similitudes entre la convention européenne des droits de l'homme et les dispositions de la constitution française, notamment quant aux droits qui y sont garantis et quant au niveau de protection qui leur est accordé, n'empêchent pas que des divergences entre les deux catalogues existent. C'est bien évidemment en présence de ces divergences que le Conseil constitutionnel est le plus à même de reprendre des concepts provenant du droit conventionnel, en particulier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette influence du contexte juridique conventionnel peut conduire soit à une véritable émergence de droits nouveaux, soit à l'enrichissement de la signification et de la portée de droits déjà présents dans la constitution.

Constituent des exemples significatifs de l'émergence de droits nouveaux au sein de la jurisprudence constitutionnelle les références faites par le Conseil à des droits qui certes, ont été déduits des dispositions du bloc de constitutionnalité, mais qui étaient déjà reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme¹. C'est le cas, par exemple, du droit de mener « une vie familiale normale », déduit par le Conseil constitutionnel du préambule de la constitution de 1946 mais déjà garanti par la Cour européenne des droits de l'homme. Il en est de même du droit au respect de la vie privée, rattaché à la déclaration de 1789 et reconnu par l'article 8 de la convention européenne, ou encore du principe du respect de la dignité de la personne humaine, reconnu par le Conseil en 1994 mais déjà

¹ En ce sens, voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *préc.*, p. 128-129 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 3 ; P. GAÏA, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 728-731 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit né de la convention européenne des droits de l'homme », in H. THIERRY et E. DECAUX (dir.), *Droit international et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 251-268.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

largement protégé par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Bien évidemment, le fait que le Conseil constitutionnel ne se réfère jamais formellement¹ à la convention européenne des droits de l'homme ou à la jurisprudence de la Cour européenne oblige à une certaine prudence. La convergence entre les deux systèmes pourrait parfois plus résulter d'une simple coïncidence que d'une véritable influence de l'un sur l'autre. Mais, cette influence est indéniable. Elle est encore plus évidente lorsque le droit de la convention européenne vient enrichir la conception française de certains droits déjà expressément garantis par la constitution. L'élargissement de la notion de liberté d'expression constitue un bon exemple de cet apport. En effet, le Conseil constitutionnel en s'inspirant clairement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Handyside*, *Sunday Times* et *Ligens*², a estimé que la liberté d'expression ne se résume pas seulement à l'interdiction de la censure, mais qu'elle inclut également la garantie de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme comme condition de la démocratie³. De même, en matière pénale et de procédure pénale, le Conseil constitutionnel, sans doute influencé par le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la convention, a été amené à enrichir la portée des droits de la défense, qui impliquent désormais « l'existence d'une procédure

¹ Il faut remarquer, toutefois, que si le Conseil constitutionnel ne se réfère jamais expressément à ses sources d'inspiration dans ses décisions, ses membres, en revanche, y font plus ouvertement référence lorsqu'ils commentent ces mêmes décisions ou lorsqu'ils décrivent, plus en général, le mode de fonctionnement de la Haute instance. Ces témoignages particulièrement autorisés nous permettent alors d'avoir une vision plus proche de la réalité quant aux sources d'inspiration du juge constitutionnel.

² CEDH, 7 décembre 1976, arrêt *Handyside* ; 26 avril 1979, arrêt *Sunday Times* ; 8 juillet 1986, arrêt *Ligens*, dans lesquels la Cour européenne affirme que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique ».

³ Conseil constitutionnel, n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, *RJC*, I-283 ; n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Amnistie des parlementaires*, *RJC*, I-397.

juste et équitable garantissant l'équilibre des parties »¹, à reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de la publicité des débats judiciaires en matière pénale² ainsi qu'à l'exigence d'impartialité et d'indépendance des juridictions³ ou encore à considérer que l'obligation pour une juridiction de motiver ses arrêts est une obligation « de nature à éviter l'arbitraire »⁴.

2 - Le droit communautaire

À l'instar du droit conventionnel, le droit communautaire ne fait pas partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, mais peut tout de même être pris en compte par le Conseil constitutionnel lors du processus interprétatif. Pour le moment cette influence est limitée, mais elle pourrait considérablement s'accroître du fait de l'introduction de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avant même cet éventuel bouleversement, l'influence du contexte juridique communautaire a déjà conduit, à plusieurs reprises, à un enrichissement de concepts déjà présents dans la jurisprudence constitutionnelle et parfois même à une véritable importation conceptuelle.

Ainsi, la reconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et de prévisibilité de la loi opérée par le juge

¹ Conseil constitutionnel, n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *commission des opérations de bourse*, RJC, I-365. ; CEDH, 17 janvier 1970, arrêt *Delcourt* ; 21 février 1975, arrêt *Golder*.

² Conseil constitutionnel, n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *traité portant statut de la Cour pénale internationale*, RJC, I-798, § 25. Voir notamment, B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. », *RFDA*, 1999, p. 285-313, qui considère en particulier qu'en matière pénale, la décision du Conseil constitutionnel « conforte les principes antérieurement proclamés et contribue à enrichir les règles de valeur constitutionnelle de la procédure pénale au moyen d'une interprétation inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (p. 307, c'est nous qui soulignons).

³ Conseil constitutionnel, n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *traité portant statut de la Cour pénale internationale*, préc., § 27.

⁴ *Ibidem*, § 22. Voir CEDH, 19 février 1998, arrêt *Higgins et autres c/ France*.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

constitutionnel dans une décision de 1999¹ semble pouvoir être reliée de manière plus ou moins directe au principe communautaire de confiance légitime².0

Plus récemment et de manière beaucoup plus évidente, le Conseil constitutionnel a enrichi la portée et la conception de certains principes constitutionnels en se référant, dans les visas d'une décision du 14 août 2003³, à la directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. De fait, en tenant compte de cette directive –qui prévoit la possibilité pour les États membres de maintenir dans leur législation des avantages spécifiques pour les femmes– le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 32 de la loi déferée, qui réserve aux femmes assurées sociales ayant élevé un ou plusieurs enfants le bénéfice d'une majoration d'assurance, n'était pas contraire à la constitution, en particulier au principe d'égalité.

L'apport du droit communautaire au droit constitutionnel par le biais de l'activité interprétative du Conseil constitutionnel est encore plus flagrant dans la décision n° 98-400 DC relative au droit de vote des ressortissants communautaires aux élections municipales⁴. Dans cette décision, la Haute instance a expressément intégré parmi les normes paramètre du contrôle de constitutionnalité les dispositions communautaires relatives au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens résidents dans un État membre de l'Union européenne. Certes, dans ce cas spécifique la constitution elle-même renvoyait indirectement aux dispositions communautaires rappelées par le Conseil constitutionnel. Toutefois, l'influence que le droit

¹ Conseil constitutionnel, n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Codification par ordonnances*, *RJC*, I-856.

² Dans ce sens, B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *RFDA*, 2000, p. 295.

³ Conseil constitutionnel, n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, *J.O.*, 22 août 2003, p. 14343.

⁴ Conseil constitutionnel, n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote des ressortissants communautaires*, *RJC*, I-749.

communautaire a exercé sur l'interprétation du juge constitutionnel est, dans ce cas, indéniable.

B – La prise en compte du contexte juridique national

L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel conforte également l'idée selon laquelle ce juge tient compte du contexte juridique national lors du contrôle de constitutionnalité de la loi. Lorsqu'il s'agit, en particulier, de l'interprétation des dispositions de la constitution, le Conseil constitutionnel est, bien évidemment, conduit à réceptionner davantage les solutions jurisprudentielles plutôt que les dispositions textuelles. Par le biais de cette interprétation, les normes paramètre du contrôle se trouvent enrichies de concepts appartenant à d'autres branches du droit qui sont souvent le fruit de constructions jurisprudentielles anciennes (1). Comme nous l'avons souligné ci-dessus, cette prise en compte du contexte juridique s'explique, d'une façon générale, par la volonté du Conseil constitutionnel d'aboutir à une certaine cohérence de l'ordonnement juridique dans son ensemble. Lorsqu'il s'agit de la réception de constructions provenant de la jurisprudence, cette influence s'explique également par la recherche d'un équilibre avec les juridictions ordinaires. Quelquefois, ce double souci se conjugue également avec celui de protéger au mieux les droits et libertés fondamentaux (2).

1 - La réception de solutions anciennes et consolidées

L'analyse des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel reprend des solutions provenant des juges ordinaires pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles permet d'observer que ce juge adopte souvent cette démarche en raison du fait que ces solutions sont tellement ancrées au sein de l'ordre juridique qu'il est inutile, voire impossible pour lui de s'en détacher¹.

¹ Le cas de figure illustré dans le texte peut être rapproché de celui qui, à propos de l'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel, est appelé par F. Moderne « intégration par alignement » (F. MODERNE, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *in La*

L'interprétation du Conseil constitutionnel

Aussi, le Conseil constitutionnel manifeste-t-il la volonté « plus ou moins résignée »¹ de se ranger derrière les constructions et les notions dégagées antérieurement par la jurisprudence ordinaire, au motif que, comme le relève notamment F. Moderne, il n'a « aucune bonne raison de se comporter différemment sauf à vouloir réviser de pied en cap une discipline ancienne et éprouvée dans on ne sait quel but et pour on ne sait quel résultat »². Cette attitude du juge constitutionnel semble ainsi s'expliquer avant tout par le souci de ne pas perturber sans raison suffisante l'ordre juridique et le désir de ne pas créer d'antagonismes inutiles avec les juges ordinaires. Dans cette optique, le Conseil constitutionnel a repris à son compte ou s'est, plus simplement, inspiré de nombreuses théories, solutions ou autres concepts forgés et précisés au fil des espèces, en particulier par la jurisprudence administrative. Il est, en effet, communément admis que plusieurs constructions jurisprudentielles importantes élaborées par le juge administratif ont enrichi la jurisprudence du juge constitutionnel, sans subir pour autant de grandes modifications, excepté lorsque celles-ci s'avéraient nécessaires pour rendre ces solutions conformes au nouvel ordre constitutionnel. Il suffit de songer, pour ne citer que quelques exemples, aux concepts de contrat administratif³, de domaine public⁴ ou de police administrative⁵ ; à la théorie de la responsabilité administrative⁶ ou à celle des prérogatives

légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque des 20 et 21 septembre 1996, Paris, Economica, 1999, p. 76 et s.).

¹ *Ibidem*, p. 76.

² *Ibidem*, p. 77.

³ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 83-160 DC, 19 juillet 1983, *convention fiscale Nouvelle-Calédonie*, *RJC*, I-154.

⁴ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, *Inaliénabilité du domaine public*, *RJC*, I-598.

⁵ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 87-149 L, 20 février 1987, *RJC*, II-121.

⁶ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 87-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, *RJC*, I-339.

de la puissance publique¹ ; au principe de continuité du service public²...

La reprise, par le Conseil constitutionnel, de la jurisprudence du Conseil d'État relative au principe d'égalité nous paraît, à ce titre, particulièrement significative. Comme le relèvent de nombreux auteurs³, en ce qui concerne l'égalité, « les solutions et souvent leur formulation sont très largement les mêmes dans les décisions du Conseil d'État et dans celles du Conseil constitutionnel »⁴. Cette concordance semble s'expliquer par le caractère quasiment incontournable de cette construction du juge administratif. Face à un principe aussi difficile à cerner et face à l'effort intellectuel de construction et de théorisation réalisé par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel ne semblait guère avoir le choix : il ne pouvait que reprendre l'essentiel de la construction bâtie par le juge administratif. Bien évidemment, et cette précision vaut pour la reprise de toute autre construction jurisprudentielle, le fait que le Conseil constitutionnel se soit largement inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État relative au principe d'égalité, ne signifie pas pour autant qu'il n'ait pas, de son côté, apporté du renouveau à cette construction. Les solutions antérieures ont parfois été adaptées pour tenir compte de l'évolution de l'ordonnancement juridique et des exigences constitutionnelles.

¹ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *RJC*, I-303.

² Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *RJC*, I-71.

³ En ce sens, voir notamment B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, STH, 1988, n°s 368 et s., p. 227 et s. ; G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 657-658.

⁴ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 657.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

2 - La réception de solutions plus protectrices des droits fondamentaux

Dans d'autres cas, la recherche d'un équilibre avec les juridictions ordinaires et la reprise de concepts provenant de ces juridictions se conjuguent, pour le Conseil constitutionnel, avec le souci d'assurer la meilleure protection possible des droits et libertés fondamentaux. Ce souci conduit le juge constitutionnel à réceptionner certaines notions et constructions de la jurisprudence ordinaire dans la mesure où celles-ci permettent une meilleure protection d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantis.

Constitue un bon exemple de cette démarche le ralliement du Conseil constitutionnel avec la jurisprudence des juridictions ordinaires à propos de la définition de la liberté d'aller et venir et des restrictions pouvant lui être apportées. Ainsi, en affirmant que la liberté d'aller et venir « n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter »¹, et en interprétant une disposition qui autorisait l'administration à demander à certaines catégories d'étrangers une autorisation préalable à la sortie du territoire en estimant qu'elle ne subordonnait pas « le fait de quitter le territoire français à une exigence d'autorisation préalable »², le juge constitutionnel a adopté une conception nouvelle de la liberté d'aller

¹ Conseil constitutionnel, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *RJC*, I-539, § 103. Le Conseil constitutionnel confirmera cette définition de la liberté d'aller et venir lors de la décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Certificats d'hébergements*, *RJC*, I-707, § 10.

² Conseil constitutionnel, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, préc., § 104.

et venir, la même que celle adoptée par le Conseil d'État¹ quelques mois plus tôt².

De manière analogue, la consécration, par le Conseil constitutionnel du droit de mener une vie familiale normale pour les étrangers résidant régulièrement en France représente un autre exemple topique de l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État sur celle du Conseil constitutionnel lors de l'interprétation des dispositions paramètre du contrôle³. Pour le Conseil d'État, le droit de mener une existence familiale normale était un principe général du droit impliquant que les étrangers résidant régulièrement en France aient la faculté de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs⁴. Le Conseil constitutionnel a reconnu à ce droit une valeur constitutionnelle en employant les mêmes termes que ceux utilisés par le Conseil d'État. Le juge constitutionnel a, en effet, considéré qu'il résulte des termes du dixième alinéa du préambule de la constitution de 1946 que « les étrangers dont la résidence en France

¹ La Cour de cassation et le Tribunal des conflits avaient, eux aussi, estimé que la liberté d'aller et venir « n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter » (Cass. civ. I, 28 novembre 1984, 3 arrêts, *RFDA*, 1985, p. 761, concl. Sadon ; *D*, 1985, p. 313, note Gavalda ; Trib. conflits, 9 juin 1986, *Préfet, commissaire de la République de la région Alsace c. Cour d'appel de Colmar, M. Eucat, c. Trésorier général du Bas-Rhin*, *AJDA*, 1986, p. 456, chr. Azibert, de Boisdeffre ; *D*, 1986, p. 493, note Gavalda. Cités par N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 312).

² Conseil d'État, 22 mai 1992, *GISTI, Lebon*, p. 669. Relèvent cette reprise par le juge constitutionnel de l'interprétation donnée auparavant par le Conseil d'État, notamment T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Collection Droit public positif, 1997, p. 470 ; B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 878 ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, op. cit.*, p. 312.

³ Le Conseil constitutionnel a confirmé cette jurisprudence affirmant la valeur constitutionnelle du droit de mener une vie familiale normale pour les étrangers jouissant d'une situation régulière et stable lors de la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Certificats d'hébergements*, préc.

⁴ Conseil d'État, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI, Lebon*, p. 493.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » et que « ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs »¹.

II – La prise en compte du contexte juridique dans l'interprétation des dispositions objet du contrôle

De manière moins directe, le droit constitutionnel s'enrichit également par le biais de l'interprétation des dispositions objet du contrôle de constitutionnalité. En effet, à l'instar de ce que les faits d'espèce représentent pour l'interprétation de la disposition législative ou réglementaire qui leur est applicable, la détermination du contenu de l'objet de l'examen de constitutionnalité joue un rôle majeur sur la détermination du contenu de la norme paramètre. Aussi, la prise en compte par le Conseil constitutionnel d'éléments contextuels dans l'interprétation du texte examiné enrichit-elle indirectement le droit constitutionnel lui-même.

Cette démarche interprétative du Conseil constitutionnel, qui consiste à tenir compte d'éléments juridiques divers afin d'éclairer le sens du texte contrôlé, n'est pas sans rappeler l'attitude adoptée par la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle prend en compte le droit vivant². En vertu de cette doctrine, s'il existe une interprétation consolidée de la disposition législative contrôlée, la *Corte costituzionale* adopte cette interprétation « vivante » en renonçant à interpréter de façon autonome la disposition mise en cause. En d'autres termes, en suivant cette orientation, la Cour constitutionnelle tient compte, sous certaines conditions, de la signification que la loi déferée a acquise lors de son application, en particulier de la signification consolidée au sein des juridictions ordinaires. La doctrine du droit vivant s'appuie donc sur le fait que le juge constitutionnel italien est amené, dans le

¹ Conseil constitutionnel, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, préc., § 70.

² Sur cette question, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Collection Droit public positif, 2003, 282 p.

cadre du contrôle *a posteriori*, à connaître de lois ayant déjà fait l'objet d'applications concrètes. De fait, de ces applications a pu se dégager une certaine convergence autour de la signification à donner à la loi. Le « droit vivant » désigne le résultat de ces applications, la loi dans son interprétation consolidée.

Compte tenu de ces éléments et de la spécificité du système de contrôle mis en place en France, le rapprochement entre les deux attitudes des juges constitutionnels doit être fait avec la plus grande prudence. Néanmoins, force est de constater que le Conseil constitutionnel adopte parfois une démarche proche de celle suivie par la Cour constitutionnelle italienne en tenant compte, lors de l'interprétation de la loi, du contexte juridique dans lequel cette loi va s'inscrire. Ce contexte, qui comprend les dispositions textuelles ou même les solutions jurisprudentielles qui réglementent déjà la matière sur laquelle porte la loi déferée, permet au juge constitutionnel d'envisager son application future. En le prenant en considération, le juge ne se limite plus à vérifier la conformité à la constitution d'une norme trouvée de façon hypothétique et abstraite, mais envisage son application au vu de la réalité juridique dans laquelle la loi nouvelle est destinée à s'insérer.

Cette démarche interprétative du Conseil constitutionnel a notamment été mise en évidence au sein de la doctrine française par T. Di Manno¹. Celui-ci, en faisant un rapprochement entre cette

¹ T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, op. cit., p. 190 ; *idem*, « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Collection droit public positif, 1998, p. 39. Dans le même sens, voir J.-Y. CHEROT, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », *RFDC*, 7-1991, p. 439 ; J.-C. ESCARRAS, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle », *AJJC*, II-1986, p. 18-19 ; L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1-1990, p. 82 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p. 278-281.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

démarche et celle suivie par la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle tient compte du droit vivant, a constaté que, dans bien des situations, le Conseil constitutionnel se trouve en face de ce qu'il a qualifié de "droit vivant contextuel", c'est-à-dire de données émergeant de l'environnement juridique dans lequel la loi va s'insérer.

Par l'expression "droit vivant contextuel", T. Di Manno désigne ainsi « l'ensemble des règles législatives et des interprétations jurisprudentielles qui ont été faites par les juges ordinaires, dans le contexte desquelles vient s'inscrire la loi soumise au Conseil constitutionnel » et dont ce juge peut tenir compte lors de la vérification de constitutionnalité¹. Comme le souligne cet auteur, il est possible de constater que bien souvent les lois qui sont soumises à l'examen du juge constitutionnel sont destinées à s'insérer dans un contexte ou dans un système de normes qui réglementent déjà la même matière et dont l'impact social peut être évalué notamment à la lumière des orientations jurisprudentielles dont elles ont fait l'objet.

Dans ces hypothèses, le Conseil constitutionnel décide fréquemment de tenir compte de ces éléments textuels (A) ou jurisprudentiels (B) afin de déterminer la signification de la loi.

A – La prise en compte d'éléments textuels

L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle que ce juge prend souvent en compte les dispositions législatives internes ou les dispositions européennes qui entourent le texte législatif déféré lors de l'interprétation de ce même texte. Le Conseil l'a d'ailleurs explicitement affirmé dans la décision n° 86-211 DC dans laquelle il a considéré que « l'examen de la conformité à la constitution des dispositions de la loi déférée au Conseil constitutionnel doit prendre en considération tant le contenu propre de cette loi que sa portée,

¹ T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 42.

Caterina Sévérino

appréciée en fonction des dispositions législatives antérieures qui demeurent en vigueur »¹.

Lorsqu'elle n'est pas aussi explicite, cette prise en compte apparaît notamment dans les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel. La Haute instance a, par exemple, adopté cette démarche interprétative lors de la décision *Application des peines*², dans laquelle elle a déclaré la disposition législative attaquée conforme à la constitution, à condition qu'elle soit interprétée dans un sens bien précis déduit par le Conseil de l'étude du contexte normatif dans lequel devait s'inscrire la loi contestée. En l'espèce, l'article 733-1 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil, conférait la possibilité au Procureur de la République de déférer au Tribunal correctionnel statuant en chambre du conseil ou au Tribunal pour enfants, les décisions prises par le juge de l'application des peines, et précisait, en outre, que le tribunal compétent ne pouvait rendre sa décision qu'après « avoir procédé à toutes auditions utiles et entendu [...], s'ils en ont fait la demande, les conseils du condamné et de la partie civile ». Saisi de cet article, le Conseil constitutionnel l'a déclaré conforme au principe du respect des droits de la défense dans la mesure où « il implique [...] que soit notifié au condamné le recours formé par le procureur de la République »³. Or, cette réserve d'interprétation montre que le juge constitutionnel a pris en compte les données provenant de l'environnement juridique qui entourait la disposition contrôlée et notamment les dispositions de l'article 197 du code de procédure pénale qui prévoyait déjà cette notification pour la procédure devant la chambre d'accusation. Ainsi, la norme dégagée, contrôlée et déclarée conforme à la constitution par le juge

¹ Conseil constitutionnel, n° 86-211 DC, 26 août 1986, *Contrôles d'identité*, *RJC*, I-274, § 2.

² Conseil constitutionnel, n° 86-214 DC, 3 septembre 1986, *Application des peines*, *RJC*, I-278.

³ Conseil constitutionnel, n° 86-214 DC, 3 septembre 1986, *Application des peines*, préc., § 4.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

constitutionnel dans cette décision n'était pas « créée de toutes pièces »¹, mais découlait du contexte législatif déjà en vigueur.

Cette prise en compte du contexte législatif s'est manifestée de manière encore plus évidente dans la décision n° 96-383 DC². Dans cette affaire, une disposition de la loi déferée, relative au développement de la négociation collective, prévoyait la possibilité pour une organisation syndicale représentative extérieure à l'entreprise de donner mandat exprès à un ou à plusieurs salariés de cette entreprise pour une négociation déterminée et elle renvoyait aux accords de branche la détermination des conditions d'exercice de ce mandat. Le Conseil constitutionnel, saisi, entre autres, de cette disposition, l'a déclarée conforme à la constitution. Cependant, le juge a assorti cette déclaration de conformité d'une réserve d'interprétation en vertu de laquelle « la détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doit nécessairement comporter les modalités de désignation du salaire, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat »³. Ce faisant, le Conseil constitutionnel reprenait en fait des dispositions du code civil relatives au mandat en vertu desquelles « le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat »⁴; « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant »⁵ et « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble »⁶.

¹ T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 45.

² Conseil constitutionnel, n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Négociation collective*, *RJC*, I-686.

³ *Ibidem*, § 18.

⁴ Article 1989 du code civil.

⁵ Article 1993 du code civil.

⁶ Article 2004 du code civil.

Mais au-delà de la reprise d'éléments normatifs provenant du contexte législatif interne, le Conseil constitutionnel tient également compte de l'environnement normatif européen qui régit la matière sur laquelle porte la loi examinée.

La décision relative à la loi portant réforme du droit d'asile du 4 décembre 2003 en constitue un bon exemple¹. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a pris en compte le projet de directive du Conseil du 19 juin 2003 concernant les conditions d'octroi du statut de réfugié qui, lui-même, reflétait le droit de différents États membres. Il a ainsi admis l'introduction de trois nouvelles notions en droit français : celle d'« asile interne », de « liste de pays d'origine sûrs » et celle d'« origine non étatique des persécutions dont peuvent faire l'objet les réfugiés »². En ce qui concerne, en particulier, la notion d'« asile interne », le Conseil s'est même inspiré directement du droit existant dans d'autres États membres. Dans une réserve d'interprétation il a, en effet, considéré que pour qu'il y ait asile interne il faut que l'intéressé puisse accéder en toute sûreté à une partie substantielle de son pays d'origine, s'y établir et vivre normalement³.

De la même manière, dans la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003⁴, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 117 de la loi déferée – qui oblige les collectivités territoriales à informer préalablement l'État de toute opération affectant le compte du Trésor

¹ Conseil constitutionnel, n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *J.O.*, 11 décembre 2003, p. 21085.

² Sur cette influence du droit communautaire sur l'interprétation du Conseil constitutionnel, voir O. DUTHEILLET DE LAMOTTE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », *préc.*, p. 5-6.

³ Conseil constitutionnel, n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, *préc.*, § 17. Sur ce point, voir notamment J.-E. Schoettl, « La nouvelle loi relative au droit d'asile est-elle constitutionnelle ? », *LPA*, 2004, n° 26, p. 14.

⁴ Conseil constitutionnel, n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, *J.O.*, 31 décembre 2003, p. 22636.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

– était conforme aux exigences constitutionnelles à la condition de respecter l'article 101 du traité instituant la Communauté européenne qui interdit à la Banque de France d'autoriser des avances aux différents organismes publics et prohibe dès lors tout solde débiteur du compte du Trésor à la Banque de France.

B – La prise en compte de constructions jurisprudentielles

La prise en compte du contexte juridique par le Conseil constitutionnel lors de l'interprétation des dispositions objet de l'examen de constitutionnalité se manifeste également et surtout à l'égard du contexte jurisprudentiel qui entoure la loi déferée, c'est-à-dire des normes ou principes dégagés par les juges ordinaires ou européens dans le domaine du texte contrôlé. Les illustrations de cette attitude du juge constitutionnel s'avérant particulièrement nombreuses, nous n'en donnerons que quelques-unes parmi celles qui nous paraissent les plus significatives.

La décision concernant la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité est, à cet égard, particulièrement probante¹. Dans cette affaire, souvent citée par la doctrine comme un exemple topique de la reprise par le Conseil constitutionnel de solutions dégagées par les juridictions ordinaires², le Conseil a consolidé une jurisprudence consacrée par la Cour de cassation. Dans l'arrêt *Basilika*, celle-ci avait affirmé de manière claire que les contrôles d'identité effectués par la police administrative étaient subordonnés à la prévention d'une atteinte à l'ordre public « directement rattachable au comportement

¹ Conseil constitutionnel, n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, *RJC*, I-535.

² Voir L. FAVOREU, note sous Conseil constitutionnel, n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, *RFDC*, 16-1993, p. 835-843 ; B. MATHIEU, note sous Conseil constitutionnel, n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, *LPA*, 1994, n° 2, p. 18-20 ; E. PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA*, 1994, p. 959-992 ; P. WACHSMANN, note sous Conseil constitutionnel, n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, *AJDA*, 1993, p. 816-819.

de la personne »¹. Or, une des dispositions de la loi examinée lors de la décision n° 93-323 DC allait clairement à l'encontre de cette jurisprudence de la Cour de cassation puisqu'elle ajoutait dans le code de procédure pénale une norme en vertu de laquelle pouvait être contrôlée l'identité de toute personne « quel que soit son comportement ». Le Conseil constitutionnel saisi, entre autres, de cette disposition, l'a déclarée conforme à la constitution mais au prix d'une interprétation neutralisante qui ne faisait que reprendre, de manière évidente, la solution affirmée par la Cour de cassation. Après avoir rappelé que « la prévention d'atteintes à l'ordre public [...] est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle » et après avoir indiqué que toutefois « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle », le Conseil constitutionnel a précisé que « s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle »². Et au Conseil d'ajouter aussitôt qu'« il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité » et « qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées »³.

Une autre illustration particulièrement significative de la démarche adoptée par le juge constitutionnel à l'égard de la jurisprudence des juridictions ordinaires nous est donnée par la

¹ Cass. crim., 10 novembre 1992, *Procureur général de Paris c. Bassilika*, *Bull.*, n° 370 ; *D*, 1993, n° 3, p. 36, note Mayer.

² Conseil constitutionnel, n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, préc., § 9.

³ *Ibidem*, § 10.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

décision n° 93-325 DC, dite *Maîtrise de l'immigration*¹. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est rallié à une solution affirmée par la Cour de cassation, en la réceptionnant ainsi ouvertement dans sa propre jurisprudence. La Cour de cassation avait toujours interprété les dispositions antérieures dont s'inspirait la loi déferée en estimant que les vérifications des titres des étrangers devaient se fonder sur des données objectives déduites de circonstances extérieures n'ayant aucun rapport avec la personne même de l'intéressé². Reprenant cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la constitution une disposition de la loi déferée qui prévoyait la possibilité pour les autorités de police judiciaire d'opérer des vérifications des titres des étrangers en dehors de tout contrôle d'identité, en précisant que la mise en œuvre de ces vérifications devait « s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant [...] toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes »³.

Enfin, plus récemment, lors de la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale⁴, le Conseil constitutionnel s'est rallié à l'interprétation donnée par la Cour de cassation à propos de la définition du licenciement pour motif économique. Il a considéré que la nouvelle définition du licenciement économique, introduite par l'article 107 de la loi déferée, portait à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif du maintien de l'emploi après avoir relevé les trois points sur lesquels cette définition s'écartait non seulement de la définition

¹ Conseil constitutionnel, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, préc.

² Cass. crim., 25 avril 1985, *Bodgan et Vuckovic*, *JCP*, 1985, II, 20465, concl. Dontenwille, note Jeandidier ; *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 95, note Delmas Saint-Hilaire ; Cass. crim., 8 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 406.

³ Conseil constitutionnel, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, préc., § 16.

⁴ Conseil constitutionnel, n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, *Rec.* p. 49.

antérieure, mais aussi et surtout de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation¹.

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle montre également que dans certains cas, le Conseil constitutionnel enrichit la signification de la loi objet du contrôle de constitutionnalité à travers la prise en compte de solutions jurisprudentielles provenant des Cours européennes. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, dans ces hypothèses le juge constitutionnel est conduit à s'inspirer de ces solutions non seulement dans un souci d'harmonisation des jurisprudences et d'équilibre avec les juridictions ordinaires – car ces juridictions appliquent directement le droit européen – mais aussi et surtout pour échapper au risque d'une censure éventuelle, par une Cour européenne, d'une loi précédemment déclarée conforme à la constitution.

C'est justement ce qui s'est produit au sujet des validations législatives. Sur cette question, après avoir reconnu la constitutionnalité d'une loi de validation par une décision du 13 janvier 1994², le Conseil constitutionnel s'est indirectement vu désavoué par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a déclaré cette même loi contraire à l'article 6 § 1 de la convention³. À la suite de cette censure, le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence. En s'alignant sur les exigences plus strictes formulées par la Cour européenne des droits de l'homme, il a considéré que pour que la validation soit conforme à la constitution, il faut qu'elle soit strictement définie et qu'elle ne puisse avoir pour

¹ Sur ce point, voir notamment J.-E. SHOETTL, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2002, n° 15, p. 8-10.

² Conseil constitutionnel, n° 93-332 DC, 13 janvier 1994, *Validation de décisions de caisses de sécurité sociale*, *RJC*, I-567.

³ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez e al. c. France*, *RFDA*, 2000, p. 299 ; voir B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *préc.*, p. 289-299.

L'interprétation du Conseil constitutionnel

effet d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé¹. L'ajout de cette nouvelle condition, directement inspirée de la jurisprudence européenne, implique que la loi de validation ne vide pas de contenu le droit d'accès au juge.

Ces quelques illustrations permettent d'observer que le juge constitutionnel français, bien qu'il ne fasse quasiment jamais référence à ses sources d'inspiration de manière explicite, prend souvent en compte le contexte juridique qui entoure les dispositions constitutionnelles ou législatives interprétées. Ces exemples mettent notamment en exergue l'importance du dialogue des juges, dialogue qui contribue indéniablement à l'enrichissement du droit constitutionnel et, plus encore, à l'enrichissement de toutes les branches du droit. Favorisant la cohérence de l'ordre juridique, la poursuite de ce dialogue ne peut être que bénéfique à la protection des valeurs garanties par la constitution.

¹ Conseil constitutionnel, n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, *RJC*, I-861 ; n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, *RJC*, I-879.

Conclusions

par Michel Verpeaux
professeur à l'Université Paris-1 (Panthéon-Sorbonne)
directeur du Centre de recherches en droit
constitutionnel

L'honneur qui est fait à celui qui doit tirer des « conclusions » est très vite tempéré par deux considérations. La première concerne l'ampleur de la tâche, consistant à présenter un rapport de synthèse de manière improvisée après une journée d'études aussi riche, et l'on préférera se contenter d'exprimer ci-après quelques brèves conclusions, plutôt que d'avoir la prétention d'élaborer une véritable synthèse. La seconde vient de ce que cet honneur est généralement la marque du grand âge de celui à qui il échoit. Mais il faut accepter l'une et l'autre, la seconde étant au moins une donnée objective. Cet excès de mélancolie doit être fortement compensé par le plaisir d'être dans cette belle Université de Toulouse I et dans cette prestigieuse faculté, que je commence à bien connaître et qui a si brillamment organisé, en juin 2002, le Vème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes. Il faut aussi souligner toute la vitalité du Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques de cette faculté, fondé et dirigé par le doyen, devenu Président, mon ami Henry Roussillon, fidèle participant des colloques que j'ai moi-même organisés, que ce soit à Besançon, à Dijon ou à Paris. Ce Centre est une chance pour cette Université et pour les jeunes chercheurs toulousains et sa vitalité est assurée par ses actuels secrétaire général et secrétaire général adjoint, Messieurs Stéphane Mouton et Xavier Bioy, qui sont précisément les organisateurs de cette belle journée. Qu'ils en soient ici très sincèrement et très vivement remerciés. Il faut également, et de manière évidente, remercier les auteurs des

Michel Verpeaux

contributions très variées qui ont été présentées, par des exposés courts, denses et passionnants. Les lecteurs des actes de cette journée pourront avoir une vue beaucoup plus complète de la recherche de ces contributeurs. Ce que l'on appelle dans les colloques la salle ou le public, mais je préfère dire les auditeurs, ont également contribué à la qualité de cette journée, par des questions toujours pertinentes, et il faut les en complimenter.

Le sujet choisi par les organisateurs, intitulé « Les nouveaux objets du droit constitutionnel », n'est pas sans rappeler, que l'on me pardonne cette allusion personnelle, le thème d'un atelier que Bertrand Mathieu et moi-même avons animé lors du Congrès d'Aix-en-Provence de l'A.F.D.C., en 1999, et qui était consacré aux « Nouveaux champs du droit constitutionnel ». On peut penser que c'était la même préoccupation qui nous animait et qui a guidé les initiateurs de cette journée, en espérant ne pas trahir ainsi leur pensée. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de mesurer les nouvelles dimensions du droit constitutionnel.

Les objets ainsi mentionnés évoquent une science nouvelle -est-elle cependant vraiment une science ?- mais il faudrait parfois préférer l'expression de « sujets du droit constitutionnel », si l'on pense aux communications consacrées au citoyen européen ou à celui de l'animal et l'on pardonnera ce rapprochement bien intempestif. Stéphane Beaumont a bien montré, tout d'abord et en guise d'introduction générale, comment le droit constitutionnel est un droit politique et qu'il fallait préférer l'expression de science constitutionnelle à celle de science politique. C'était d'ailleurs sous ce thème qu'étaient placés les travaux de la matinée. Il a très bien et à sa manière toute personnelle, illustré combien il était difficile d'enseigner cette nouvelle discipline, du fait de ses nouveaux objets et de ses nouveaux supports, et à cause de la diversité et de l'éclatement des thèmes qui la composent. Il a brillamment proposé des pistes nouvelles, en suggérant de cultiver le doute, tout en s'interrogeant sur l'avenir du cours magistral.

Ce droit nouveau présente en effet le « défaut » d'avoir des contours indéfinis et il faut se demander si l'interrogation vaudrait

Conclusions

aussi pour les autres « grandes » disciplines : parlerait-on d'un nouveau droit civil ou d'un nouveau droit administratif ? Ce n'est pas certain, du moins dans la période contemporaine.

Deux raisons, que l'on peut qualifier aussi de deux origines, peuvent expliquer la réflexion nouvelle sur le droit constitutionnel : il s'agit de l'intérêt relativement récent pour le droit comparé et de la place qu'ont prise les droits fondamentaux au sein du droit constitutionnel. Mais ces deux influences peuvent se rejoindre, tant le thème de ces droits, relativement inconnu sous cette forme en France pendant longtemps, a été importé d'autres pays, par la voie notamment du droit européen des droits de l'homme.

Ce nouveau droit constitutionnel peut revêtir aussi deux aspects, comme l'ont bien montré Jacques Viguier et Pierre Esplugas : l'on peut en effet considérer que ce sont des notions nouvelles qui sont apparues dans le champ du droit constitutionnel, mais on peut aussi penser qu'il s'agit de notions anciennes qui sont ainsi « rehaussées » en acquérant une dimension constitutionnelle, celle-ci étant, à tort ou à raison, mais l'on comprendra que l'on penche plutôt pour la deuxième solution, située à la première place. Cette seconde approche présente néanmoins l'inconvénient de considérer que tous ces « champs », ou tous ces nouveaux objets, avaient une existence antérieure à leur prise en compte par le droit constitutionnel, ce qui mérite un examen approfondi, et elle nécessite de se demander si la « constitutionnalisation » a changé ou non leur contenu.

Bien que la journée d'études ait été divisée en deux parties, on peut considérer que trois orientations ou trois dimensions ont rythmé les travaux depuis ce matin¹.

La première est sans doute la *juridicisation*. Ce thème est bien connu, mais il est récent en France et il doit beaucoup aux travaux du doyen Louis Favoreu et Madame Caterina Severino s'est inscrite dans cette tradition en montrant comment l'intervention d'autres branches

¹ La présentation de la version écrite des Actes de cette Journée d'études est un peu différente de la manière dont se sont déroulés les travaux. Afin de ne pas modifier la teneur des conclusions prononcées à Toulouse, j'ai préféré conservé la présentation originelle.

Michel Verpeaux

du droit sont venues enrichir le droit constitutionnel. Ce dialogue des différentes branches entre elles, qui se traduit aussi par un dialogue des juges. Si le droit constitutionnel n'a pas tout inventé, ce à quoi il ne pourrait prétendre, il s'enrichit par l'apport d'éléments externes au droit constitutionnel. On retrouve l'influence du droit comparé et toute la richesse de la doctrine du droit vivant qui nous vient précisément d'Italie.

La deuxième direction prise par ces nouveaux objets est sans conteste *l'internationalisation*. Par un dépassement des catégories traditionnelles, les concepts constitutionnels sont utilisés mais dans un contexte nouveau. L'on pourrait presque parler de « recyclage » ou, si l'on estime ce terme trop technique, de régénérescence. C'est le cas du pouvoir constituant européen, selon Monsieur Stéphane Mouton qui a brillamment revisité les rapports entre l'Etat, la Constitution, et le pouvoir constituant et qui nous a conduits à nous interroger sur le point de savoir si l'Etat suppose toujours une Constitution, et si l'inverse est toujours vrai. En ces temps d'élaboration d'un projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, cette interrogation ne peut laisser indifférents les constitutionnalistes qui ne doivent pas abandonner à d'autres disciplines ce champ nouveau de réflexion.

La citoyenneté ne doit pas être limitée au seul droit de vote, comme le dialogue à deux voix entre Madame Marie de Cazals et Madame Dawn Sarrion-Metcalfé l'a fort bien illustré. Si le droit de vote peut difficilement être accordé aux élections nationales à des non-nationaux, il doit l'être pour d'autres élections, au titre d'une citoyenneté qui doit être d'addition et non de substitution.

C'est aussi dans ce sens que nous a invité à réfléchir Monsieur Jean-Charles Jobart autour du thème du « droit international public constitutionnel ». Derrière ce titre un peu mystérieux, cette expression est une qualification nouvelle d'une réalité ancienne. Il s'agit en effet d'étudier comment des normes conventionnelles sont indirectement intégrées dans le contentieux constitutionnel, ce qui peut aboutir à une dissociation des normes constitutionnelles et des normes servant au contrôle de constitutionnalité. La construction communautaire

Conclusions

puis européenne et la référence, à défaut de termes plus précis, à certaines dispositions de traités ou à des traités pris globalement, en fournissent des exemples particulièrement éclairants depuis 1998, la jurisprudence du Conseil faisant directement référence à des dispositions constitutionnelles qui renvoient à des normes conventionnelles.

La troisième orientation intéresse la *constitutionnalisation* de certaines normes. C'est ce que nous ont montré Madame Amal Fadli et Madame Hiam Mouannes, respectivement à propos de l'expérimentation et du pouvoir réglementaire local, mais aussi Madame Hélène Simonian-Gineste présentant la mutation statutaire de l'outre-mer depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 comme un objet caché du droit constitutionnel. Mais c'est aussi ce thème qu'ont choisi d'illustrer Jacques Viguier, à propos du principe de subsidiarité et André Viola dans son étude du référendum local. Ces notions, ou ces concepts, ne sont pas véritablement nouveaux et l'on pourrait considérer qu'ils ont été « rehaussés » par le droit constitutionnel, mais leur constitutionnalisation récente permet aussi de surmonter par le haut des obstacles posés par le juge constitutionnel lui-même, selon l'image chère au doyen Vedel, du « lit de justice ». La constitutionnalisation s'oppose ainsi au juge constitutionnel mais elle lui permet aussi, dans l'avenir, de mieux ou de plus intervenir, grâce à ces nouveaux objets qui enrichissent le *corpus* constitutionnel. On remarquera avec intérêt que cinq communications ont porté sur le thème de la constitutionnalisation de ce que l'on appelle en France le droit de la décentralisation. Il s'agit sans aucun doute d'une des parties du droit administratif qui a connu le plus de bouleversements du fait de sa constitutionnalisation depuis une vingtaine d'années.

Ce sont ainsi des nouveaux sujets de droit qui sont constitutionnalisés. La communication de Monsieur Gassiot sur l'animal en tant que futur objet du droit constitutionnel, dans le cadre d'une protection universelle des droits des animaux, a montré que cette constitutionnalisation, à la différence de l'anthropomorphisme du droit allemand, pouvait constituer une remise en cause de la place

Michel Verpeaux

de l'homme au sein des droits fondamentaux. S'il n'est évidemment pas question de considérer la femme, ou les femmes, comme un nouvel objet du droit constitutionnel, c'est la parité, en tant qu'elle constitue une différenciation sexuelle qui est un nouvel objet et qui ouvre la porte à d'autres différenciations possibles.

Quant à la protection de l'environnement, elle va devenir un nouvel objet grâce à la charte qui sera adossée prochainement à la Constitution, par l'intermédiaire du Préambule. Ce n'est donc pas par hasard que deux communications ont choisi de traiter ce thème, celle de Monsieur Xavier Bioy, dont l'objet plus général était de nous proposer une brillante réflexion sur « qu'est-ce que constitutionnaliser ? » et celle de Monsieur Jérôme Germain dans une dimension comparatiste avec la protection de l'environnement en droit allemand. Cette nouvelle « finalité assignée à l'Etat », ou « but étatique » selon la traduction littérale de l'expression allemande n'est pas sans évoquer fortement ce que le droit français désigne sous le nom d'objectif à valeur constitutionnelle en ce qu'elle constitue une norme objective ou une obligation de moyens et non un nouveau droit fondamental.

L'observation de ces nouveaux objets du droit constitutionnel doit nous conduire à nous interroger sur l'émergence d'une hiérarchisation des objets qui pourrait correspondre à une hiérarchisation des droits. Placer les droits des animaux sur le même plan, par exemple, que ceux de l'Homme, femme comprise, ne va pas sans poser quelques problèmes par rapport à la logique « humaniste », qu'elle soit d'origine chrétienne ou naturaliste, des droits fondamentaux.

La constitutionnalisation présente donc des avantages mais aussi des inconvénients. Au titre des premiers, figure sans nul doute l'unité du droit, chère aux juristes en mal de classification et d'ordre, à la fois sous l'angle de l'unité du droit public mais aussi sous celui de l'unité du droit en général. On pourrait en effet douter d'un droit qui serait hétéroclite et qui n'aurait pas d'autre justification ou logique que celle qui serait différenciée selon les domaines.

Conclusions

Les inconvénients sont tout aussi importants. C'est tout d'abord, à l'unité de la constitution qu'il peut être porté atteinte. C'est sans doute le moindre mal, mais une constitution « patchwork » peut être aussi une constitution incohérente. Ce danger n'est pas le plus riche de conséquences.

La constitutionnalisation peut ensuite empêcher toute évolution rapide et efficace du droit face aux nouveaux défis. Elle peut entraîner le blocage des législations. L'internationalisation du droit, notamment au niveau européen, quelle que soit l'Europe concernée, est de nature à porter atteinte à la constitutionnalisation. Le débat sur la « constitution européenne » a bien montré quels étaient les enjeux, qui n'étaient pas que corporatistes. L'intégration de nouveaux objets, pour stimulante qu'elle soit pour l'esprit et pour la discipline, peut aussi être un facteur de risques.

Toulouse, le 29 avril 2004

